دكتور محمد إسماعيل أبو الريش

كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر

الحجر وأسبابه

في الفقه الإسلامي

الطبعة الأولى

١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

مطبعة الأمانة

٣ شارع بنجهدة بدران شبرا - مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الهادى إلى سواء السبيل وهو حسبى ونعم الوكيل وأشهد ألا إله إلا الله المتصف بالجلال المنفرد بالكمال الموجد من العدم المتصف بالقدم الذى لا يحتاج إثبات وجوده إلى دليل .

وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله وصفيه وخليله جعله الله على طريق الحق خير دليل فكان حجة بالغة على إزالة الارتياب وكافة الأباطيل .

اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحابته ومن دعا بدعوته وصار على سنته وتمسك بشريعته واعتقد أن الساعة آتية فصفح الصفح الجميل .

وبعد

فلما كانت الأموال هى عصب الحياة بلا منازع وزينتها بلا مدافع حث الله تعالى بالمحافظة عليها بشتى الوسائل ، ولما كان الحجر أحد الوسائل الهامة التى يحافظ بها على الأموال اخترنا أن نكتب فيه لأهميته ولكونه يقع على الصغار والكبار وأيضا يقع على الأنفس والأموال وإن كان فى الأموال أكثر وأظهر ، وأيضا لما كان الحجر قد يقع على الشخص لكون أفكاره ضارة بالمجتمع سواء كان الضرر يقع على الدين كما فى المفتى الماجن أو على الصحة كما فى المتطبب الجاهل أو على الأموال كما فى المكارى المفلس

وأيضا إن الحجر هو أحد الأمور التى حددت أسبابه من قبيل الشرع بمعنى أن المجتهدين لم يكن لهم نصيب فى الاجتهـاد إلا فى حصرهم الأسباب فثبتت أسبابه بالشرع بموجب الأدلة المثبتة لهذه الأسباب سواء كان متفق عليها أو مختلف فيها وحتى المختلف فيها ربما تبين أن الخلاف فيها يمكن أن يكون لفظيا لذلك كانت شرعية الحجر لإزالة ما ينجم من اشكالات مالية أو مشاكل اجتماعية بسبب الصغر أو الجنون أو الإفلاس وغير ذلك مما دعا إلى الحجر سواء كان للمصلحة الخاصة بالمحجور عليه أو للمصلحة العامة المتحققة لغير المحجور عليه ولهذا آثرنا الكتابة فى هذا الباب .

والله ولى التوفيق .

دكتور / محمد اسماعيل أبو الريش

خطة البحث

الحديث عن هذا البحث يقع فى مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة

المقدمة : وفيها الأسباب التى دعت إلى الكتابة .

الباب الأول :

تعريفه وأدلته وحكمه وحكمته

ويحتوى على فصلين :

الفصل الأول : تعريفه والمقارنة بين التعاريف

الفصل الثانى : الأدلة والحكم

الباب الثانى :

أسباب الحجر لمصلحة المحجور عليه

ويحتوى على ثلاثة فصول

الفصل الأول : الصغر

الفصل الثانى : الجنون

الفصل الثالث : السفه

الباب الثالث :

من يلى أمر المحجور عليه

ويتضمن فصلين

الفصل الأول : فى الولاية

الفصل الثانى : فى الوصاية

الباب الرابع :

الحجر لمصلحة الغير وأسبابه

وينقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الحجر للمصلحة العامة

القسم الثانى : الحجر المصلحة الخاصة ويتناول خمسة فصول :

الفصل الأول : الفلس

الفصل الثانى : المرض

الفصل الثالث : الزوجية

الفصل الرابع : الرهن

الفصل الخامس: الرق

الخاتمة

الباب الأول

تعريف الحجر وأدلة مشروعيته وحكمته

الفصل الأول : تعريفه لغة وإصطلاحا

المقارنة بين تعريفات الفقهاء

الفصل الثاني : أدلة مشروعيته وحكمته

الفصل الأول

تعريفه لغة واصطلاحا

والمقارنة بين تعريفات الفقهاء

تعريف الحجر :

الحجر في اللغة : له معاني متعددة :

منها المنع يدل لذلك ما روى في حديث عائشة وابن الزبير « لقد هممت أن أحجر عليها »(١) أي أمنعها .

ومنها أيضا الحرام كما في قوله تعالى حكاية عن قول الكفار « ويقولون حجرا محجورا »(٢) أي حراما محرما .

ومنها التضييق لأن الحجر فيه تضييق على المحجور عليه ولذا يقال تحجر على ما وسعه الله أي ضيقه وفي الحديث: « لقد تحجرت واسعا »(٣) أي ضيقت ما وسعه الله وخصصت به نفسك دون غيرك .

ومنه « الحجر » بكسر الحاء وسكون الجيم ويطلق على ما بين يدى الإنسان من ثوبه ولا يبعد عن المنع كثيرا لأنه يمنع الأذى عما هو في حجره لأنه في كنفه وحمايته .

---

(١) الحديث رواه البخاري عن عوف بن مالك بن الطفيل صحيح البخاري بفتح الباري ٩١/١٠ ط دار المعرفة

(٢) الفرقان ٢٢

(٣) انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٢٣/١

و بكسر الحاء وسكون الجيم يطلق على العقل لأن العقل يمنع صاحبه من ارتكاب الرذائل ومحاولة اعتناق الفضائل ويدل لهذا المعنى قول الله « هل فى ذلك قسم لذى حجر »(١) أى لذى عقل ولب لأن العقل هو الذى شرف الله به الانسان وميزه على سائر مخلوقاته وجعل سبحانه وتعالى البشر بسبب العقل متفاوتين فيما ميزهم الله به عن الأنعام وبه يسعد من سعد وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب فى البشر العقل والهوى وركب فى الملائكة العقل دون الهوى وركب فى الأنعام الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله هواه كان من أفضل خلقه لما يقاسى من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلبه هواه على عقله كان أردأ من البهائم.

قال تبارك وتعالى « إن هم إلا كالأنعام بل هم أضل سبيلا »(٢)(٣)

ويطلق الحجر على « حطيم مكة » وهو المدار بها من الجانب الشمالى وكل ما حجرته من حائط فهو حجر لذلك أطلق على ديار ثمود « حجرا » قال تعالى « ولقد كذب أصحاب الحجر المرسلين »(٤)

وكل ما ورد فى معنى الحجر دل على أنه المنع فى جميع معانيه (٥)

---

(١) الفجر ٥
(٢) الفرقان ٤٤
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/١٩٠ - ١٩١
(٤) الحجر ٨٠
(٥) انظر لسان العرب لابن منظور ١/١/١٧٨١ - ٧٨٤ ، المصباح المنير ١/١٢١ ، ١٢٢

أما تعريفه عند الفقهاء فهو كما يلى :

(١) عند الأحناف:

الحجر هو « منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون »(١)

شرح التعريف :

المقصود « بالمنع » هنا على اطلاقه فيشمل سائر التصرفات سواء كانت قولية أو فعلية و « عن التصرف قولا » أخرجت التصرف الفعلى .

ولما كان قد يختلط على الانسان إمكان دخول التصرف الفعلى نص على عدم دخوله فى المنع حتى لا يقع إيهام ولا إبهام .

وقد نص على المنع فى الأقوال صراحة لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (٢)

وأما التصرف الفعلى فانه لا يدخل فى المنع لأن الفعل لا مرد له بعد وقوعه لوجوده حسا وما وقع لا يمكن رده .

ولما كانت الأفعال منها ما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد الكامل شبهة فى تلك الأفعال فى حق الصبى والمجنون وإنما لا يجعل قصور القصد شبهه فى باقى الأفعال فى حقهما (٣)

وقولهم « بصغر ورق وجنون » تعداد للاسباب الموجبة للحجر المتفق

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/١٩٠

(٢) انظر كشف الحقائق للافغانى ٢/١٨٤

(٣) المرجع السابق

عليها عند الأحناف ، أو يكاد يكون متفقا عليها بين المذاهب لذلك ذكرها صاحب تبيين الحقائق.

ولكن وردت تعريفات أخرى لدى الحنفية فى بعض كتبهم تكتفى بجزء من التعريف المتقدم ونصها (منع من نفاذ تصرف قولى)(١)

وهذا التعريف اقتصر على التصرفات القولية وكأنه أراد أن تخرج الأفعال من دائرة المنع ويقتصر المنع على التصرفات القولية فحسب بل أن التصرفات القولية ليست ممنوعة كلها خصوصا بالنسبة للصبى المميز ، لأن التصرفات النافعة نفعا محضا كقبول الهبة يجريها الصبى وليست داخلة فى دائرة المنع كما أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فللصبى أن يعقدها وتكون موقوفة على إجازة وليه فان أجاز جاز وإن رد بطل (٢)

لذلك عبر صاحب الدر المختار « بمن » فى قوله « منع من نفاذ تصرف قولى » لأن من للتبعيض وإن كانت سائر التصرفات القولية بالنسبة للمجنون داخلة فى دائرة المنع.

وقد جاء تعريف كالتعريف المتقدم إلا أنه حذف لفظ (من) حيث قال الحجر « منع نفاذ تصرف قولى »(٣)

ولعله فى هذا التعريف راعى المنع المطلق وإن كانت بعض تصرفات

---

(١) الدر المختار ٣٢١/٢

(٢) البدائع ج ١٧١/٧

(٣) شرح الوقاية لصدر الشريعة بهامش كشف الحقائق للافغانى ١٨٤/٢

الصبي المميز خارجة عن دائرة إلا أنهـا قليلة فنظر إلى أن الأصـل هو المنع .

وفى نظرنا أن أدق التعاريف هو تعريف الدر المختار (١) وسبب ذلك هو أن التعريف الذى جاء به الزيلعى عليه مأخذان :

الأول : أنه قال فى التعريف « المنع عن التصرف قولا لا فعلا » فـكان ينبغى ألا يذكر لفظة (لا فعلا) لأن نفيها فى التعريف لا محل له لأن الانتفاء ثابت بقصر المنع على التصرف القولى .

الثانى : أنه ذكر الأسباب الداعية إلى المنع من التصرف (الحجر) حيث قال (بصغر ورق وجنون) ومن شأن التعاريف ألا تذكر فيهـا الأسباب إلا إذا اعتبرنا أن ذكره الاسباب فى التعريف لنفى غيرها من الأسباب الأخرى المختلف فيها .

وأما التعريف الذى ذكره صدر الشريعة (٢) بقوله (منع نفاذ تصرف قولى » بحذف لفظ « من » يؤخذ عليه أن تصرف الصبى المميز النافع نفع محض خارج عن دائرة المنع إلا إذا كان قصده جعل دائرة المنع من التصرف هى الأصل وخروج التصرف النافع نفعا محضا استثناء من القاعدة .

ومن ثم كان تعريف « الدر المختار » أدق التعاريف عند الحنفية حيث إنه ذكر لفظة من » التى تفيد التبعيض ، وأيضا لم يذكر الأسباب التى تدعو إلى الحجر .

---

(١) انظر هامش (١) بالصفحة السابقة

(٢) انظر هامش (٣) بالصفحة السابقة

(٢) عند المالكية :

وردت عند المالكية تعريفات متعددة نذكر بعضها ونختار ما يروق لنا ، فيما يلي :

قال ابن راشد : الحجر هو « المنع من التصرف فى المال »(١)

ونقل عنه فى التوضيح أنه « منع المالك التصرف فى ماله لمنفعة نفسه أو غيره » .

وهذان التعريفان متقاربان إلا أن الثانى حدد فيه المانع من التصرف حيث جعله المالك كما حدد سبب المنع وهو تحقيق المنفعة ، كما أنه جعل الحجر لمصلحة المحجور عليه أو الغير .

ونقل عن ابن عرفة تعريف آخر هو أن الحجر « صفة حكيمة توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فى الزائد على قوته أو تبرعه بماله »(٢)

شرح التعريف :

المراد بقوله « صفة حكيمة » هى عبارة عن معنى يحل بالموصوف فيؤدى به إلى المنع والمراد بها الأسباب التى تؤدى إلى الحجر وجعل الصفة حكيمة لأنه لا يشترط فيها أن تكون ظاهرة بل يكفى مجرد توافر المعنى الداعى إلى المنع وقوله « توجب منع موصوفها » أى أن كل من اتصف بهذه الصفة يمنع من التصرف . وقد صرح بهذا فى التعريف حيث قال « توجب منع

---

(١) انظر مواهب الجليل ٥/٧٥

(٢) قال وبه يدخل الحجر على المريض والزوجة / انظر بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/١٣٧ ، مواهب الجليل ٥/٥٧

موصونها من نفاذ تصرفه » و « المنع من التصرف » مقيد بالزائد على قوته أو تبرعه بماله ، ومن ثم للمحجور عليه حق التصرف فى قوته أو مقدار تبرعه ، فهذا قيد للادخال وللاخراج .

ولم يسلم هذا التعريف من الاعتراضات فقد اعترض عليه بما يأتى :

قال صاحب المواهب :الظاهر أن الحجر على المريض والزوجة لا يدخل .

وعلة ذلك : أنه إن أراد بقوله فى التعريف « ماله » كل ماله لم يدخل الحجر عليهما فى التبرع بما زاد على الثلث وكان بعض المال لا كله ؛ و إن أراد بكلمة « ماله » شىء منه نفساده ظاهر للاطلاق من حيث شمل المنع كل المال لا بعضه ، وإن أراد بما زاد على الثلث فلا قرينة تدل عليه .

وقد اعترض عليه أيضا بأن هذا التعريف غير جامع حيث يخرج من حده الحجر على المرهون فى تصرفه فى الرهن وكذلك من جنى عبده قبل أن يتحمل بالجناية فإنه ممنوع من التصرف(١) .

(٣) عند الشافعية :

عرف الشافعية الحجر اصطلاحا بأنه : المنع من التصرفات المالية(٢)

(٤) عند الحنابلة :

عرف بأنه : منع الإنسان عن التصرف فى ماله(٣) .

---

(١) انظر المواهب ٥/٥٧

(٢) مغنى المحتاج ٢/١٦٥

(٣) كشاف القناع ٣/٤١٦ ، المغنى والشرح الكبير ٤/٥٠٨

وهذان التعريفان لا فرق بينهما ، سواء من حيث الصيغة أو المعنى ، كما أنهما يتناسبان مع ما ذكره ابن راشد من المالكية الذى عرف الحجر بأنه « المنع من التصرف فى المال »(١)

وجملة ما جاء فى هذين التعريفين أنهما قصرت المنع على التصرف المالى دون غيره بين التصرفات الأخرى .

(هـ) وقد عرفه الشيعة بما عرفه به الحنفية(٢) .

المقارنة بين تعريفات الفقهاء :

بعد ذكر وتعريفات الفقهاء للحجر نحاول أن نقارن بينها وبهذه المقارنة يتضح لنا التعريف المختار فيما يلى :

(ا) بالنظر فى التعريفات المتقدمة نجد أن الأحناف قصروا المنع على التصرفات القولية دون الفعلية وغيرهم من الفقهاء لم يتقيدوا بالمنع من التصرفات القولية وإنما جعلوا المنع شاملا لكافة التصرفات سواء كانت قولية أو فعلية وإن كانوا قد قصروا التصرفات على المال .

(ب) أن الأحناف فى تعريفهم ذكروا الأسباب التى تدعو إلى الحجر ولأهميتها وذكروها فى التعريف وأما غيرهم فلم يذكر الأسباب التى تدعو إلى الحجر فى التعاريف ولعل سبب ذلك أن غير الأحناف يتوسع فى ذكر الأسباب التى تدعو إلى الحجر كما سيأتى .

(جـ) أن كافة التعاريف عند كل الفقهاء راعت المعنى اللغوى فى المعنى الاصطلاحى فكل التعاريف بلا استثناء نصت على أن الحجر هو المنع .

---

(١) المواهب ٥/٥٧

(٢) انظر الروضة الندية شرح الدرر البهية ٢/٢٤٢

(د) أن من ينظر فى تعريفات الفقهاء يجد أن الجمهور ابتدأ فى تعريف الحجر بأنه المنع ما عدا المالكية فقد قالوا بأن الحجر صفة حكمية توجب منع موصوفها ... وبالتدقيق فى هذا نجد أن غالبية الفقهاء عرفوا الحجر بالأثر وهو المنع، أما المالكية فقد ذكروا وهو المنع عقب ذكر المؤثر وهو الصفة الحكيمة التى اقتضت منع من اتصف بها من التصرف وربما كان هذا أبلغ فى التعريف حيث جعلوا المنع مسببا عن الصفة الحكيمة التى هى السبب وهذا يؤدى بنا إلى شىء آخر .

(هـ) هو أن المالكية بقولهم صفة حكيمة إذا اعتبرناه سببا فقد قالوا بما قال به الحنفية من ذكر أسباب الحجر إلا أن الفرق بينهما أن الأحناف قد ذكروا الأسباب على سبيل الحصر أما المالكية فقد أطلقوا ولم يتقيدوا بما تقيد به الأحناف .

(و) بالنظر فى التعريفات المتقدمة نجد أن الفقهاء جميعا متفقون على مبدأ المنع من التصرف إلا أن المالكية فى تعاريفهم منهم من أطلق المنع من التصرف (كابن راشد) ومنهم من قيد المنع من التصرف فى الزائد على قوته أو تبرعه (كابن عرفة) وعلى هذا يكون للمحجور عليه حق التصرف فى حدود قوته أو تبرعه ويمتنع عليه التصرف فيما زاد على ذلك .

(ز) بالنظر فيما تقدم من تعريفات نجد أن ابن راشد من المالكية قد انفرد بذكر أقسام الحجر فى التعريف حيث قال « منع المالك التصرف

---

(١) مواهب الجليل ٧٥/٥

فى ماله لمنفعـــة نفسه أو غيره » فـكلمة « لمنفعة نفسه أو غيره » تبين أن الحجر نوعان : منه ما يكون لمنفعة المحجور عليه ،ومنه ما يكون لمنفعةالغير وكافة التعريفات الأخرى لم تتعرض لهذا ولعل ابن راشد قد ذكر هذا كأثر من آثار الحجر .

وبعد عرض هذه التعاريف ومقارنتها نستطيع أن نرتضى تعريفا خاصا للحجر وذلك على النحو التالى .

أن الحجر هو « المنع من التصرف القولى فى المال بسبب مشروع تحقيقا للمنفعـــة » .

فهذا التعريف من وجهة نظرنا يتميز بما يأتى :

أولا : فيه بيان لحقيقة الحجر بأنه المنع وفيه مراعاة للمعنى اللغوى

ثانيا : أن التصرف الممنوع منه هو التصرف القولى فيخرج التصرف الفعلى إذ لا أثر للحجر فيه .

ثالثا : بعض التصرفات القولية جائزة من الصبى المميز كالتصرف النافع نفعا محضا لذلك اخترنا التعبير « بأل » .

رابعا : إن سبب المنع لابدأن يكون مشروعا لذلك اشتمل عليه التعريف

خامسا : ذكر الهـــدف الذى شرع من أجله الحجر وهو تحقيق المنفعة سواء كانت للمحجور عليه أو لغيره .

الفصل الثاني

أدلة مشروعية الحجر وحكمة المشروعية

أولا : الأدلة :

١ ــ من الكتاب :

(١) قول الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً »(١) .

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى نهى الأولياء عن تسليم الأموال التى تحت أيديهم إلى السفهاء حتى لايتلفونها ويضيعونها فى الأهواء . والمراد بالسفهاء هم كل من يستحق الحجر والمراد بالأموال فى هذه الآية هى أموال المحجورين وإضافتها إلى الأولياء فى الخطاب لأنهم ناظرون عليها وتحت أيديهم فجعلها كأموالهم ولم يرد التشبيه بأموالهم فى الآية بل جعلها أموالهم حتى يقوم الناظر بالمحافظة عليها وتنميتها ، شأنها شأن أمواله الحقيقية فتكون مسئوليته عنها كاملة كمسئوليته على ماله فلما كان الخطاب بشأن المحافظة جعل الخطاب حقيقته للأولياء فقال « أموالكم » ولما كان الخطاب

---

(١) سورة النساء آية ٥

بشأن الانفاق والكسوة عبر بالضمير الذى يعود على المحجور عليه فقال « وارزقوهم فيها واكسوهم » الآية والضمير فى « فيها » يعود على الأموال المسندة إلى الأولياء(١) .

(ب) قوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم »(٢) .

وجه الدلالة :

خاطب الله الأولياء الذين يلون أمر المحجور عليهم بأن يبتلوا المحجورين أى يختبرونهم قبل أن يدفعوا إليهم أموالهم فلا يدفعوها حتى يتأكدوا من صلاحيتهم وحسن تدبيرهم لأموالهم وهو المعبر عنه بالرشد ويدل لما نقول سبب نزول هذه الآية حيث نزلت فى « ثابت بن رفاعة وفى عمه » وذلك أن رفاعة توفى وترك ابنه « ثابت » وهو صغير فأتى عم « ثابت » إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إن ابن أخى يتيم فى حجرى فما يحل لى من ماله ومتى أدفع إليه ماله ؟ فأنزل الله هذه الآية(٣) .

(ج) قال تعالى « وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو

---

(١) التسهيل لعلوم التنزيل ١٣٠/١ ، الجامع لأحكام القرآن القرطبي ٢٨/٥

(٢) النساء آية ٦

(٣) التسهيل لعلوم التنزيل ١٣٠/١ ، الجامع لأحكام القرآن ٣٤/٥

فليملل وليه بالعدل » الآية »(١)

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه وتعالى أمر من عليه الحق أن يمليه ويتق الله في إملائه حيث قال « فليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه » هذا إن كان يستطيع الاملاء فإن كان لا يستطيعه لضعف أو سفه فليتول الاملاء وليه حيث فسروا بأن الضعيف هو الصغير والسفيه هو الذى لا يحسن النظر في ماله فعلى وليه وهو الأب أو الوصى أن يمل فقيام الولى بالاملاء ناتج عن ضعف المولى عليه(٢)

٣ — من السنة :

(ا) ما روى أن رسول الله ﷺ باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته(٣) .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن هذه سنة فعلية فعلها النبى ﷺ فقد قام ببيع مال معاذ بسبب ديونه كما أنه روى في لفظ أنه حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه(٤) وهذا نص في مشروعية الحجر متى توافر السبب الشرعى الداعى إليه .

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢

(٢) التسهيل لعلوم التنزيل ٩٦/١ ، الجامع لأحكام القرآن القرطبى ٣٨٥/٣

(٣) الحديث : انظر تلخيص الحبير ٤٤/٣ والسنة الكبرى للبيهقى ٤٨/٦

(٤) تلخيص الحبير ٤٤/٣ ، والسنن الكبرى للبيهقى ٤٨/٦

(ب) ما روى أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا سبخة بثلاثين ألفا فبلغ ذلك علي فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه ، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير فذكر ذلك له فقال الزبير أنا شريكه فلما سأل علي عثمان الحجر على عبد الله قال (كيف أحجر على من كان شريكه الزبير)(١)

وجه الدلالة :

أن هذه القصة تفيد شرعية الحجر بسبب التبذير حيث إن عليا رضي الله عنه طلب من عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر ولولا شركة الزبير له لأوقع عثمان عليه الحجر فدل هذا على مشروعيته .

فهذه الأحاديث وغيرها كثير قولا وفعلا تدل على مشروعية الحجر

(٣) الإجماع :

أن الحجر أمر مشروع غير ممنوع لم ينكره أحد من الصحابة المعاصرين للنبي ﷺ ومستند هذا الإجماع ماذكر من قصة عبد الله بن جعفر ومن فحوى هذه القصة نستنتج أن عبد الله بن جعفر وهو صاحب القصة لم ينكر على علي رضي الله عنه قوله كما أن عثمان بن عفان رضي الله عنه وهو الذى طلب منه إيقاع الحجر على بن جعفر لم ينكر طلب الحجر وإنما منع إيقاعه لوجود الشركة حيث قال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير .

فدل ذلك على أن الحجر مجمع على مشروعيته .

ثانيا « حكمة مشروعية الحجر »

أن الحجر مشروع لحكم متعددة منها المحافظة على الأشخاص لأن المحجور

---

(١) تلخيص الحبير ٣/٥٠

عليهم إن كانوا صبية فقد حجر عليهم خوفا من انحرافهم ومحافظة على سلوكهم وقيام الأولياء على حسن تربيتهم وإن كان المحجور عليهم سفهاء كبح جماح شهواتهم ومنعوا من التصرف رعاية لمصالحهم حتى لا يستقل طيشهم فيبتز ما لديهم من مال .

ومن كليات الشرع المحافظة على الأنفس والحجر فيه محافظة عليها .

ومن حكمه أيضا المحافظة على المال لأن تصرفات المحجور عليهم ربما أدت إلى ضياع الأموال فإن كان المحجور عليه صبيا فإنه لا يحسن البيع والشراء ولا يدرى كيف تتحقق له المنفعة بل ربما رأى شيئا فيه نفعه فأدى به إلى الهاوية لذلك كان المسئول عنه وليه أو وصيه وكذلك إذا كان المحجور عليه سفيها أو مجنونا .

ومن أهداف الشريعة الغراء المحافظة على الأموال وقد لا يمكن المحافظة على الأموال إلا بإيقاع الحجر على من توفر فيه سببه .

وما دام الحجر يحقق هذه المصلحة فهو مشروع .

« تمهيد للحديث فى أسباب الحجر عند الفقهاء »

هذا التمهيد نتناول فيه ذكر آراء الفقهاء فى تعداد أسباب الحجر وبالنظر فى آراء الفقهاء نجد أنها إما أسباب متفق عليها أو أسباب مختلف فيها كما يلى :

أولا : الأسباب المتفق عليها عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على أن الصغر والجنون والرق أسباب تدعو إلى الحجر(١) ولم يخالف فى هذا إلا الظاهرية فلم يجعلوا الرق سببا من أسباب الحجر بل اقتصروا فى ذكر أسباب الحجر على الصغر والجنون فقط(٢) .

ثانيا : الأسباب المختلف فيها :

نجد أن بعض هذه الأسباب قال بها الجمهور وبعضها انفرد به بعض المذاهب .

١ — أسباب قال بها الجمهور « المالكية — الشافعية — الحنابلة »(٣) وهى :

---

(١) انظر بدائع الصنائع ١٦٩/٧ ، الدر المختار ٣٢٣/٢ التاج والاكليل بهامش الحطاب ٥٧/٥ مواهب الجليل ٨٥/٥ ، مغنى المحتاج ١٦٥/٢ المغنى والشرح الكبير ٥٠٨/٤ ، ٥٠٩ ، كشاف القناع ٣ / ٤١٦ ، ٤١٧ الروضة الندية ٣٤٢/٢

(٢) انظر المحلى لابن حزم ٢٧٨/٨

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥٨/٥ ، التاج والاكليل ٥٨/٥ ، مغنى المحتاج ١٦٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥٠٨/٤ ، ٥٠٩

(أ) السفه (ب) الفلس

(جـ) المرض (د) الزوجية

(هـ) الرهن

٢ ـ أسباب انفرد بها بعض المذاهب :

(أ) « الردة » قال بها الحنابلة والشافعية كسبب من أسباب الحجر(١) وأيضا عدها القرافي من المالكية سببا للحجر(٢) .

(ب) كبر السن كسبب من أسباب الحجر قال به الحنابلة(٣) .

(جـ) انفرد أبو حنيفة بذكر أسباب ثلاثة وإن رأى أنه لايؤدى إلى الحجر حقيقة وإن كان يؤدى إلى الحجر الحسى بمنع هؤلاء الثلاثة من عملهم حسا .

وهؤلاء الثلاثة هم الطبيب الجاهل وهو الذى يفسد بطبه أبدان الناس والمفتى الماجن الذى يفسد على الناس دينهم والمكارى المفلس الذى يفسد على الناس أموالهم واعتبر هذا من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر(٤) .

وبعد ذكر هذه الأسباب وبيان المتفق عليه والمختلف فيه نرى

---

(١) مغنى المحتاج ١٦٥/٢ ، كشاف القناع ٤١٧/٣

(٢) انظر مواهب الجليل ٥٨/٥

(٣) كشاف القناع ٤٥٢/٣

(٤) البدائع ١٦٩/٧

تقسيما آخر للحجر وهو تقسيمه بحسب المصلحة التى يحققها الحجر وهذه المصلحة إما أن تكون مصلحة للمحجور عليه وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين :

قسم يحقق مصلحة للمحجور عليه وقسم يحقق مصلحة لغير المحجور عليه .

وسنتناول كل قسم فى باب مستقل فيما يلى :

الباب الثانى

فى أسباب الحجر المحققة لمصلحة المحجور عليه

وهو يشتمل على الفصول الآتية .

الفصل الأول : الصغر

الفصل الثانى : الجنون

الفصل الثالث : السفه

الفصل الرابع : من يلى أمر المحجور عليه فى هذه الأحوال

الفصل الأول

الصغر « كسبب من أسباب الحجر »

الحجر على الصبي يحقق له مصلحة للمحافظة على نفسه وماله لأن هذا الصبي الصغير عاجز عن التصرفات ضعيف العقل لايدرك مصلحته ولا يعرف كيف تتحقق ومن ثم لزم الحجر عليه بقوة الشرع لأنه لو لم يحجر عليه لانحرف في سلوكه وضاعت أمواله وفسد حاله لذلك قال الله تعالى (فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل)(١)

دلت هذه الآية على أن الصغير يقوم بالإملاء عنه وليه وهذا لا يكون إلا بالحجر حيث فسر « الضعيف » بالصغير (٢).

ويعرف الصغير : (بأنه الصبي ما لم يبلغ من ذكر وأنثى)(٣)

والصبي مالم يبلغ له مرحلتان مرحلة ما قبل التمييز ومرحلة ما بعد التمييز .

أما مرحلة ما قبل التمييز فالصبي فيها عديم العقل (٤) وليس له أهلية ومن ثم ليس له أن يجرى أى تصرف من التصرفات حتى ولو كان نافعا نفعا محضا .

---

(١) البقرة ٢٨٢ (٢) التسهيل ٩٦/١

(٣) كشاف القناع ٤٤٢/٣، المغنى والشرح الكبير ٥٠٩/٣

(٤) كشاف القناع ٤٥٠/٣، مواهب الجليل للحطاب ٦٢/٥، تبيين الحقائق ١٩١/٥ ، مغنى المحتاج ١٦٦/٢ .

أما مرحلة ما بعد التمييز (وهى ما بعد سن السابعة) وتحديدها بسن السابعة لا اجتهاد فيه بل هو محدد بالنص حيث قال النبى صلى الله عليه وسلم « مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر » الحديث (١) فقبل السابعة لم يتجه الأمر إلى الأولياء ليأمروا من هم تحت ولايتهم ومن بداية سن التمييز إلى البلوغ .

ما هو الحكم فى تصرفات الصبى؟

وللاجابة على هذا التساؤل نقول إن التصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام « بالنسبة للتصرفات القولية كما يلى » :

١ ـــ أن تكون نافعة نفعا محضا كقبول الهبات وإدخال المال فى ذمته بوجه لا يكلفه شيئا فهذه التصرفات تصح من الصبى المميز وهـذا عند الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية)(٢) فيجوز له قبول الهبة والصدقة هذا فى المعاملات وفى العبادات يجوز له أداء النوافل لأنها تحقق له نفعا محضا (٣)

٢ ـــ التصرفات الضارة ضررا محضا لا تصح من الصبى ولو كان مميزا لأنها تخرج من ذمته مالا بدون مقابل والحجر قد شرع للمحافظة على أمواله كما أن وليه ليس له أن يجرى هذا التصرف الضار ضررا محضا مع أنه ولى فمن باب أولى الصبى الذى تحت ولايته فليس له أن يهب أو يعتق أو يتصدق

---

(١) انظر المنهل العذب المورود شرح سنن أبى داود ١٢١/٤
(٢) البدائع ١٧٠/٧ ، ومغنى المحتاج ١٦٦/٢ ، المواهب ٦٢/٥
(٣) كشف الأسرار ١٥٤/٤

أو يطلق وهذا بالإجماع(١) لأن الصبا مظنة الرحمة والإشفاق لا مظنة الإضرار به والله تعالى لم يشرع في حق الصبي المضار(٢)

٣ ـ التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي التصرفات التي تعتمد على المعاوضات فهذه التصرفات من بيع وشراء وإجارة وغير ذلك :

(أ) عند الحنفية (٣) والمالكية (٤) تتوقف على إذن الولي فان أجازها نفذت وإلا ردت وهذا نظرا لمصلحته وحرصا على منفعته وتحقيقا لقول الله تعالى « وابتلوا اليتامى » الآية فان في جواز تصرفه تحقيقا للابتلاء الوارد في الآية وهو الاختبار واختباره بجواز تصرفه وجعله موقوفا على إجازة الولي بشرط أن يعقل الصبي البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء رده لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي إن رأى فيه ذلك (٥)

(ب) أما الحنابلة فانهم لا يجيزون التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

---

(١) البدائع ١٧٠/٧ ، مغني المحتاج ١٦٦/٢ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٣٧/٢ ، كشاف القناع ٤٥٧/٣

(٢) تبيين الحقائق ١٩١/٥ ، ١٩٢

(٣) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٣٨/٢ ، بلغة السالك ١٣٨/٢ ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ٦٠٦/٥

(٤) تبيين الحقائق ١١١/٤ - ١٩٢

إلا إذا كان هناك إذن مسبق من الولى فإن وجد هذا الإذن تصرف الصبي فى حدود ما أذن له فيه فإن أذن له فى التجارة فى قدر معين من المـال لم يجز تصرفه إلا فى حدود هذا القدر المأذون فيه وفى حالة تصرفه حين أذن له ينفك عنه الحجر حينئذ فإن تجاوز فى تصرفه القدر المحـدد من المـال أو الغرض المحدد الاتجار فيه بطل تصرفه فى أحد قولى الحنابلة(١)

(جـ) وعند الشافعية ورواية للحنابلة (٢) لا يصح تصرف هذا الصبي ما دام غير بالغ ولا رشيد لأن شرط العاقد عندهم « الرشد » وهو مفقود فى حق الصبي المميز (٣)

ومن قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر « الوصية »

وصية الصبي المميز هل تعتبر جائزة أم غير جائزة ؟

اختلف فيها الفقهاء على النحو التالى :

١ ــ أجازها المالـكية (٤) والحنابلة (٥) ورأى للشافعى نص عليه فى الإملاء (٦)

---

(١) كشاف القناع ٣/٤٥٧ .
(٢) الشرح الـكبير بأسفل المغنى ٤/٦
(٣) مغنى المحتاج ٢/٧
(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٢٩٦ ، التاج بهامش المواهب ٥/٦٠
(٥) المغنى لابن قدامة ٦/١٠٢ ، منار السبيل ٢/٢٥
(٦) مغنى المحتاج ٢/٣٩ ، السراج الوهاج ٣٣٦

٢ ـ قال بعدم جواز وصية الصبي المميز مطلقا وقد قال بهذا ابن عباس والحسن البصري وهو قول أبي حنيفة(١) وقول الشافعية(٢) وبه قال أهل الظاهر(٣) والشيعة(٤)

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائلين بالجواز بالكتاب والسنة وبالقياس :

(١) أما الكتاب :

فقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون »(٥)

وجه الدلالة :

أن قول الله تعالى « وافعلوا الخير » أمر بفعل الخير والخير لفظ عام يشمل كل ما يفعل تقربا إلى الله ويدخل في جملته الوصية كما أن الأمور بالفعل عام يشمل كل من يقع منه الفعل سواء كان ذكرا أو أنثى قبل البلوغ وبعده من غير تحديد سن .

---

(١) تبيين الحقائق ١٨٥/٦ - البدائع ٣٣٤/٧
(٢) مغني المحتاج ٣٩/٣ ، السراج الوهاج ٣٢٦
(٣) المحلى لابن حزم ٤٣٠/٩
(٤) الايضاح ١٥٧/٨ ، البحر الزخار ٣٣٦/٦
(٥) سورة الحج آية رقم ٧٧

(ب) أما السنة : فقد صح عن النبي ﷺ أنه بنى بعائشة أم المؤمنين وهي بنت تسع سنين(١) .

وجه الدلالة :

أن بناءه بها في هذا السن يدل على صلاحية مثلها للوصية .

أما القياس : فإن صلاة المميز جائزة وكذلك صيامه فكذا وصيته لا تمنع بجامع أن كلا منهما تطوع ، كما أن كلا منهما من قبيل فعل الخير(٢) .

أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بعدم صحة وصية الصبي المميز :

من الكتاب والسنة :

(أ) من الكتاب :

قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم ... » إلى أن قال تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم »(٣)

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى ذكر في هذه الآية نهي وأمر .

أما النهي : فهو نهي الولي عن إعطاء السفيه ماله والمحافظة عليه وتمام

---

(١) أخرجه النسائي في سننه عن عائشة رضي الله عنها بلفظ « قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع » سنن النسائي ١٠٧/٦ ط مصطفى الحلبي، وانظر سيرة ابن هشام ٧٧/٤، والاصابة ٣٨/٣ ، طبقات ابن سعد ١٢٦/٢

(٢) تبيين الحقائق ١٨٥/٦ ، المحلى لابن حزم ٣٣١/٩

(٣) سورة النساء ٥ ، ٦

مسئوليته عنه حيث جعل مال السفيه كأنه مال الولي حيث جاء في التعبير القرآني نسبة المال إلى الولي ونسبته إلى الولي يفيد أنه قيم عليه فجعل مال السفية كأنه مال الولي في المحافظة عليه ولا يعطيه منه إلا بقدر الحاجة المتعارف عليها .

وأما الأمر:فهو اختبار اليتيم لأن الابتلاء معناه الاختبار والمطلوب من ولي اليتيم المحافظة على ماله وحسن تربيته وتمام مسئوليته عنه ولا يعطى اليتيم ماله إلا إذا رأى منه الرشد .

(ب) ومن السنة :

ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ والمجنون حتى يفيق والصبي حتى يبلغ »(١)

وجه الدلالة :

دل الحديث على أن القلم مرفوع عن الثلاثة المذكورين في الحديث ورفع القلم المقصود منه رفع التكليف(٢)

وهذا يفيد أن تصرفاتهم غير معتبرة ولا يعتد بها وقد نص هذا الحديث على الصبي صراحة فأفاد أن الوصية لا تصح لانعدام تكليفه .

والراجح لدينا هو جواز صحة وصية الصبي المميز وذلك لما يلي :

١ ـ ان الصبي المميز يعقل التصرفات ويعرف ماينفعه وما يضره والحكم

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى عن علي بن أبي طالب ٥٧/٦

(٢) كشف الأسرار للبزدوي ٢٤٩/٤

بإبطال وصيته يعتبر إهدارا لتصرفه وكأننا نسوى بينه وهى فى تمييزه بحالته قبل التمييز وهما لا يستويان .

٢ـ أن القول بإيجابها ممتنع على الصبى المميز وإنما المراد هنا هو جوازها إن وقعت منه حال تمييزه بحيث إذا بلغ يمكنه أن يرى فى تصرفاته بروز شخصيته وقد نشأ فى صباه محبا لفعل الخير ويفعل ويتمادى فى صنيعه امتثالا لقوله تعالى « فاستبقوا الخيرات(١ ،٢)

وأما الى حيث التصرفات الفعلية فهى على نوعين :

النوع الأول :

ما يكون الفعل فيه اتلاف .

(أ) إن وقع الاتلاف من الصبى على مال غيره ضمنه فى ماله إن كان له مال وإن لم يكن له مال اتبع حتى يوسر إجماعا(٣)

(ب) إن كان الاتلاف من الصبى قد وقع على نفس فإنه لا يمكن قتله به لأن عمد الصبى خطأ ومن ثم تجب الدية على عاقلته وإن كان الشافعية يرون فى الأظهر أن عمد الصبى عمد ويوافقون الجمهور فى مقابل الأظهر على أن عمده خطأ موجب للدية (٤)

---

(١) سورة البقرة ١٤٨ .

(٢) راجع كتابنا « مذاهب الفقهاء فى عقد الأبصاء » ص٦٢–٧٠ط١٩٨٦م مطبعة الأمانة بمصر .

(٣) شرح الدر المختار للحصكفى ٢/٣٢٣ ، تبيين الحقائق ٥/١٩٢، السراج الوهاج ٢٢٩ – الشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٢٩٦ ، مواهب الجليل ٥/٦٤ ، كشاف القناع ٣/٤٤١

(٤) السراج الوهاج ٤٨٠ .

النوع الثانى :

مايكون الفعل فيه ليس إتلافا :

ونذكر منه بعض الأمثلة :

١ ـ لو قام الصبى بتأجير نفسه للعمل عند شخص ما فما هو الحكم ؟

هل نستطيع أن نقول إنه من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ؟ أو من قبيل التصرفات الضارة ضررا محضا ؟ أو التى هى نافعة نفعا محضا ؟

٢ ـ يرى المالكية والحنابلة(١) أن إجارته لنفسه صحيحة ويتوقف لزوم عقد إجارته لنفسه على إذن وليه(٢) وهم يجعلون عقده من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

٣ ـ أما الشافعية فقد منعوا تأجير الصبى لنفسه لأنهم اشترطوا فى صحة العقود بصفة عامة الرشد والصبى المميز ليس برشيد(٣) بل ربما رأوا أن إجارة الصبي لنفسه قد تضر به فيكون من قبيل التصرفات الضارة ضررا محضا وعندئذ يكون أولى بالمنع عندهم .

وقد وافق الحنفية الشافعية فى عدم جواز تأجير الصبى لنفسه بيد أنهم قالوا إذا عمل الصبي وانتهى من العمل المكلف به استحق الأجر المسمى استحسانا(٤) وفى القياس أنه لا يستحق .

---

(١) انظر المغنى ٤/٦ ، كشاف القناع ٣/١٤٥ البيع وأيضا ٤٧ ص الإجارة

(٢) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/٢٦٤

(٣) السراج الوهاج ١٧٣ ، ٢٨٧

(٤) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/٢٩٨ كشف الأسرار ٤/٢٩٤

وفى الاستحسان :

أن الأجر وجب للصبى لأن هذا العقد يتمحض منفعة بعد إقامة العمل والصبى لا يكون محجورا عما يتمحض منفعته .

ووجه القياس :

أن العقد لم يصح من الصبى ووجوب الأجرة باعتبار صحة العقد فإذا فسدت لم يجب الأجر(١)

ومن الأمثلة أيضا إذن الولى لصبى المميز المحجور عليه فى التجارة هل يجوز أم لا ؟

أختلف الفقهاء فى ذلك على رأيين :

الرأى الأول : الجمهور :

فأجاز الحنفية(٢) والحنابلة(٣)فى رواية لهم وهى المعتمدة والمالكية(٤) إذن الولى لصبى فى التجارة وعندئذ تنفذ تصرفات الصبى فى حدود الإذن وإن الحنفية جعلوا الإذن تتسع دائرته حتى أنهم قالوا ما نصه « أن من له ولاية كان التصرف بالتجارة فى مال الصغير فله ولاية إذنه فى التجارة وكذلك له أن يأذن لعبده الصغير فى التجارة وكذلك يجوز لوصى الأب ما يجوز للأب ويثبت ذلك للجد عند فقد الأب ووصيه فإن كان الأب حياً فلا يثبت للجد

---

(١) كشف الأسرار البزدوى ٧٥٤/٤

(٢) لسان الحكام ص٣١٤

(٣) كشاف القناع ٤٥٧/٣

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٦٠/٥ والتاج بهامش المواهب ٦٠/٥

إذن الصبي في التجارة ويثبت هذا الإذن للقاضي عند فقد وصي الأب كما أنه يجوز للقاضي الإذن عند وجود الأب وأوصيه إن رأى المصلحة في الإذن وهذا يجعل القاضي يفارق الجد لأن الجد ليس له الإذن عند وجود الأب .

وقلنا إن القاضي له الإذن وإن أبى الأب لأن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي ، فإذا طلب من الأب وأبى صار الأب عاضلا بهذا انتقلت الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح .

وعبد الصبي يصير مأذونا له في التجارة بإذن الصبي له لأن إذن الصبي استند إلى إذن وليه وإذن العبد استند إلى إذن مالكه فكأنه مستند إلى إذن الولي مادام الإذن يحقق للصبي مصلحة لأن العبرة بتحقيق النظر وتوفير المصلحة وتحقيق الربح .

وبناءاً على صحة إذن الصبي في التجارة يصير بمنزلة البالغ فيما يدخل تحت الإذن »(١)

والدليل على صحة تصرف الصبي المأذون له في التجارة .

قول الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم »(٢)

وجه الدلالة :

أي اختبروا اليتامى لتعلموا مدى رشدهم ، ولا يتحقق الاختبار إلا بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء ليعلم هل يغبن أم لا ؟

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ٢٩١/١، ٢٩٢

(٢) سورة النساء رقم ٦

الآية نص في اليتامى وبعد البلوغ لايتم إذ اليتم محدود بالبلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم «لايتم بعد البلوغ»(١) فلا يعلم من رشدهم أي صلاحية محافظتهم على أموالهم إلا بصحة تصرفهم السابقة على البلوغ بالابتلاء(٢) .

الرأي الثاني : وهو أن الإذن بالتجارة من الولي للصبي المميز لايصح قبل البلوغ والرشد وبالتالي لايصح تصرفه وإن تصرف كان باطلا لأن الأذن باطل وما بني على الباطل فهو باطل وقد قال بهذا الرأي الشافعية ورواية الحنابلة وليست هي المعتمدة في المذهب(٣)

وقد استدل الشافعية ومن وافقهم بما يأتي :

بأن الأصل عندهم أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر كلها لاتصح بل إنها لاتنعقد وتعد باطلة لاتخضع للاجازة لأن الاذن في التجارة يتوقف على البيع والشراء وهم يشترطون في العاقد الرشد ومن ثم لايجوز إذنه في التجارة وإن وقع من الولي بطل والتصرفات المبنية عليه باطلة متى صدرت من الصبي قبل البلوغ(٤) .

(١) الحديث رواه أبو داود عن علي بن أبي طالب بلفظ «لايتم بعد احتلام ولاصمات يوم إلى الليل» انظر سنن أبي داود ١١٥/٢

(٢) التسهيل ١٣٠/١

(٣) الشرح الكبير بأسفل المغني لابن قدامة ٥٣٢/٤

(٤) السراج الوهاج ص١٧٣

وقد استدلوا على ذلك :

لأن الصبي قبل البلوغ غير مكلف فأشبه غير المميز ، ولأن العقل لايمكن الوقوف معه على الحد الذي يصلح به للتصرف لخفائه وتزايده تزايدا خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا بعلامات ظاهرة وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة(١) .

والراجح لدينا .

صحة إذن الولي وذلك لما يأتي :

أولا : لأن الولاية شرعت للنظر وتحقيق المصلحة ولو لم ير الولي أن المصلحة في الإذن لما أذن له .

ثانيا : أن التمييز متى توافر لدى الصبي يجعل له عقلا صالحا لإجراء التصرفات وتكوين العقود وتدريبه على تحمل المسئولية .

ثالثا . أن الإذن له في التجارة يحقق معنى الابتلاء أي الاختبار المنصوص عليه في قول الله تعالى« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح» .ألا ترى أنه لايمكن معرفة صلاحيته إلا بإجراء تصرفه ولايمكن تصحيح تصرفه إلا بتصحيح إذن وليه حتى كان المرد إلى إذن الولي ولما كانت أفعال الصبي المميز المحجور عليه وأقواله كثيرة وتتبعها فيه مشقة كبيرة كان كاقلنا سابقا إن الأصل هو النظر إلى تحقيق المصلحة أو الضرر ، فما كان فيه مصلحة محضة جاز من المحجوز عليه ومن باب أولى وليه

---

(١) الشرح الكبير أسفل المغنى لابن قدامة ٥٣٣/٤

وما كان فيـــه ضرر محض لم يجز من الولى ، ومن باب أولى الصبى المحجور عليه ،

وما دار بين النفع والضرر كان للولى إجراؤه وإن فعله الصبى توقف على إجازة الولى .

وسبب ذلك : أن تسقط عن الصبى العهدة ، والمراد بالعهدة لزوم مايوجب التبعة والمؤاخذه ويصح منه وله أى من الصبى بأن يباشر بنفسه وللصبى بأن يباشر غيره لأجله مالاعهدة أى لاضرر فيه كقبول الهبةوقبول الصدقة وغيرهما مما هو نفع محض ، لأن الصبا من أسباب الرحمة طبعا فإن كل طبع سليم يميل إلى الترحم على الصغار وشرعا لقوله ﷺ « من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منـا »(١) فجعل الصبا سببا للعفو عن كل عهدة يحتمل العفو(٢)

رفع الحجر عن الصبى :

لما كان الصبا مرحلة من المراحل التى يمر بها الإنسان كان لابد لها بداية ونهاية وبدايتها تبدأ منذ أن يفارق الطفل أمه ويستطيع أن ينطق بالكلام وهى مانسميها بمرحلة الطفولة ثم تستمر هذه المرحلة حتى سن السابعةفتبدأ مرحلة التمييز وتبنى على تغيير المرحلة من سن إلى سن أحكام فى التصرفات القولية والفعلية ولاتستمر مرحلة الصبا ملازمة للإنسان

---

(١) الحديث رواه الترمذى عن أنس بن مالك ٣٢١/٤

(٢) كشف الأسرار للبزدوى ٣٧٣/٤

لأنها مرحلة فيها قصور في العقل والعقل ينمو بالتقدم الزمني للانسان أي يكون مصاحبا للسنين وخلال هذه المرحلة كما تقدم يكون الصبي في حالة حجر عليه إلا في بعض التصرفات كما تقدم ذكرها .

ولما كانت مرحلة الصبا لاتستمر لذلك كان الحجر لايستمر ولكن إلى متى يستمر هذا الحجر ؟ أو بمعنى آخر : متى يرفع هذا الحجر عن الصبي ويكلف ويخاطب بسائر الأحكام الشرعية ويؤاخذ وتحسب عليه أقواله وتحصى عليه أعماله ؟

اتفق الفقهاء جميعا بلا استثناء على أن الحجر يرتفع عن الصبي ببلوغه رشيدا لأن العقل في حالة الصبا فيه قصور وإن كان ينمو مع نماء سنه ولما كان العقل أمراً خفياً لايمكن الاطلاع عليه كما لا يمكن معرفة كماله فجعل البلوغ أمراً ظاهراً وضابطا مرئيا يدل على كمال العقل وصلاحية الصبي للتصرف ولكن كيف يثبت البلوغ وماهو الرشد ؟

للاجابة على ذلك لا بد أن نتكلم عن البلوغ وعلاماته أولا ثم نتكلم عن الرشد ثانيا ...

أولا (البلوغ) :

البلوغ هو عبارة عن تسمية تدل على نهاية مرحلة الصبا بما فيها من نقصان العقل وبداية مرحلة حسن التدبير وهو مايعبر عنه ببداية مرحلة الرجولة « أى صلاحيته للنكاح » ولما كان البلوغ أمرا خفيا قد لا يمكننا الاطلاع عليه فقد اتفق الفقهاء جميعا على أنه يستدل عليه بالعلامات

الظاهرة متى توافرت وإن لم تتوافر فإنه يستدل عليه ـ أو يثبت ـ بالسن ونتحدث عن هذا فيما يلي :

١ ـ علامات البلوغ :

العلامات الظاهرة التي يتفق فيها الذكر والأنثى هي :

(١) نزول المني : في اليقظة والمنام وهذا أمر موكول إلى كل من الغلام والجارية فهما اللذان يخبران به ويصدقان بشأنه .

ويدل لذلك قول الله تعالى « وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم »(١) .

وجه الدلالة :

أن المقصود بالحلم في الآية هو نزول المني ولفظ الأطفال في الآية يشمل الذكر والأنثى وماروى عن النبي ﷺ أنه قال رفع القلم عن ثلاث منهم « الصبي حتى يحتلم »(٢) .

والاحتلام هو مايراه النائم والمراد به هنا هو خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره .

وهذه العلامة الظاهرة أمر مجمع عليه بين الفقهاء(٣) .

---

(١) النور آية ٥٩

(٢) سبق تخريجه

(٣) المغني لابن قدمة ٥١٣/٤ والشرح الكبير بأسفله ٥١٢/٤ ، ٥١٣ ، مغني المحتاج ١٦٦/٢ ، ١٧٦ لسان الحكام ٣١٥، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ٢٩٣/٣ التاج والاكليل بهامش المواهب ٥٩/٥

(ب) إنبات الشعر :

إذا نبت الشعر حول الفرج فانه يعتبر علامة تدل على بلوغ كل من الذكر والأنثى وهذا قال به المالكية(١) والحنابلة(٢)ومقابل الأصح عند الشافعية(٣) ورواية لأبي يوسف من الحنفية(٤).

وقد خالف في هذا أبو حنيفة فلم ير الإنبات من علامات البلوغ لأنه عبارة عن نبات شعر في موضع من بدن الإنسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لأنه يمكن أن يتوصل باللحية إلى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور وهو الاطلاع على العورة بخلاف العانة فإنه إما أن ينظر إليها أو تمس فاذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى .

وعند الشافعي فقد فصل حيث قال إن إنبات الشعر يعتبر علامة للبلوغ في غير المسلم مطلقا وأما المسلم فقد تقدمت رواية توافق المالكية والحنابلة في جعله علامة على البلوغ في حق المسلم وهي مقابل الأصح والأصح أن الإنبات لا يعتبر علامة على البلوغ في حق الصبي المسلم لسهولة مراجعة آبائه وأقاربه

---

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢٩٣/٣ ، المواهب ٥٩/٥

(٢) المغني ٥١٣/٤

(٣) مغني المحتاج ١٦٧/٢

(٤) لسان الحكام /٣١٥

من المسلمين ولاتهامه بالمعالجة لاستعمال الأنبات دفعـا للحرج وتشوقا للولاية(١) .

أولا : الجمهور القائلين بأن الأنبات علامة البلوغ :

من السنة :

ما روى أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهـم وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية(٢) .

وجه الدلالة :

أن هذا فعل من سعد نتيجة تحكيمه في بني قريظة مع علم النبي ﷺ به وعدم إنـكاره فدل على الاعتبار به ويؤيد هذا عملا ما قاله عطية القرظي وهو ما حدث معه عيانا قال : عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظـة فشكوا في ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلى هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلى فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية(٣) .

وأيضا :

ما رواه محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الأنصار شبب بامرأة في شعره

---

(١) مغني المحتاج ج ١٦٧/٢

(٢) الحديث رواه الترمذي عن جابر ١٤٥/٤ ط مصطفى الحلبي

(٣) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى ٥٨/٦

فرفع إلى عمر رضى الله عنه فلم يجـــده أنبت فقال له : لو أنبت الشعر لحددتك(١) .

وجه الدلالة :

أن سيدنا عمر لما رفع إليه أمر الغـــلام أراد أن يتحقق من بلوغه فإن وجده بالغا أقام عليه الحد وإلا فلا وكما قلنا إن البلوغ أمر خفى يستدل عليه بعلامة ظاهرة فاستند إلى علامة ظاهرة وهى الانبات ولما وجده لم ينبت لم يقم عليه الحد لمظنة الصبا ولو وجده أنبت لأقام الحد عليه فدل هذا على أن الانبات علامة على البلوغ باجماع الصحابة لأن عمر وقد فعل ذلك لم ينكر عليه أحد من الصحابة .

والراجح لدينا :

هو ما قال به الجمهور وذلك لعدة أسباب منها :

أولا : أن البلوغ أمر معنوى ويترتب عليه نهاية مرحلة وبداية أخرى فـكان لابد من علامات ظاهرة تدل عليـــه منها الانبات فـكان وجود الانبات دليلا على البلوغ .

ثانيا : أنه لا يمكننا القول بمعالجة الصبى لاستعجال الانبات رغبة فى إثبات البلوغ لأن الانبات الذى ينبت بالمعالجة يغاير الانبات الذى لامعالجة فيه من حيث غزارة نباته وقوته وثبوته بخلاف المعالج لا تتوافر فيه هـــذه الصفـــات .

---

(١) انظر موسوعة فقه عمر ١٢٨ ، مصطفى عبد الرازق ٣٣٨/٧ وسنن البيهقى ٥٨/٦ .

ثالثا : أن الانبات إذا ظهر قبل بداية أدنى سن البلوغ عمر اثنتا عشرة سنة يعتبر انبات معالج وعند أدنى السن لا يعتبر فيه ذلك وعندئذ يكون صاحب الانبات أدنى سن البلوغ وكلاهما مقياس مادى يعضد أحدهما الآخر كما أنه لا يمكن اعتبار اللحية دون العانة لأن اللحية أمر خاص بالذكور دون الأناث أما انبات العانة فهو أمر مشترك بينهما .

رابعا : أنه لا يمكن التفرقة بين أولاد المشركين وأولاد المسلمين التى قال بها الشافعى لأن هذا أمر تحكمى فهو أمر مادى يشترك فيه كل من بلغ مسلما كان أو غير مسلم .

خامسا : كما أن سيدنا عمر رضى الله عنه فقد أخذ باعتبار الانبات فى القصة المذكورة والمرفوع إليه أمره كان مسلما .

كما أن الشافعى روى عنه روايتان راوية تجيز كون الانبات علامة على البلوغ ومن الأحناف من روى غير ذلك أيضا .

لذلك كله يترجح لدينا أن الانبات غير المعالج يعتبر علامة ظاهرة دالة على البلوغ .

وينفرد الذكر بعلامة (الأحبال) وأما الأنثى (بالحبل والحيض) ولم يخالف فى ذلك أحد(١) .

ويدل على اعتبار (الأحبال) ـ بالنسبة للذكر ـ (والحبل) بالنسبة

---

(١) المغنى ٤/٥١٥ ومعه الشرح الكبير ٤/٥١٤ ، مغنى المحتاج ١/١٦٧ ، تبيين الحقائق ٥/٢٠٣ ، الشرح الكبير ٣/٢٩٣

الأنثى قول الله تعالى « فلينظر الإنسان مما خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب »(١) .

وجه الدلالة :

أن الحمل يتكون من ماء كل من الرجل والمرأة فدل على أن الأحبال للذكر والحبل للأنثى علامتان تدل على بلوغ كل منهما .

ويدل على اعتبار الحيض (بالنسبة للأنثى) ما روى عن النبى ﷺ قال « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار »(٢).

فقد دل هذا الحديث على أن الصلاة التى تكلف بها الجارية ـ الأنثى ـ لاتصح إلا بخمار والمقصود هنا الصلاة المفروضة المكلفة بها والتكليف لا يكون إلا بالبلوغ والحيض علامة مادية دالة عليه .

٢ ـ البلوغ بالسن :

إذا لم تتوافر العلامات المادية الظاهرة التى تدل على البلوغ فقد اتفق الفقهاء بلا استثناء على اعتبار القياس الزمنى أى اللجوء إلى السن وإن كانوا قد اختلفوا فى مقدار السن الذى يعتبر حداً للبلوغ فمتى توافر هذ بالغا وإن لم تظهر فيه العلامات المادية السابقة .

---

(١) سورة الطارق آية ٥ ، ٦ ، ٧

(٢) رواه أبو داود عن عائشة / انظر المنهل العذب المورود شرح سنن أبى داود ٣/٣٠

الرأى الأول :

لجمهور الفقهاء (وهم الشافعية(١) والحنابلة(٢) ورأى الشيعة الإمامية(٣) ورواية لأبى حنيفة ورأى الصاحبين من الحنفية(٤) وقول ابن وهب من المالكية(٥) فهم يرون أنه متى تواتر خمس عشرة سنة للصبي والجارية ثبت لهما البلوغ فكأن البلوغ يثبت بمجرد بلوغهما هذا السن المذكور دون نظر إلى وجود علامات أخرى ومن ثم يكلف بالأحكام الشرعية .

إستدل الجمهور بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال :

« عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى »(٦) .

وجه الدلالة :

هذه الرواية واقعة مادية تبين منها رفض وقبول أما الرفض فعندما كان ابن أربع عشرة وأما القبول فعندما وصل إلى خمس وعشرة هى السن المعينة للبلوغ .

وأيضا أن الواقعة حكاها من رفض وأجيز فدل على صحتها ولو كان

---

(١) مغنى المحتاج ١٦٦/٢ ، السراج الوهاج ٢٣٠

(٢) المغنى ٥١٤/٤

(٣) المختصر النافع ١٦٤

(٤) تبيين الحقائق ١٠٣/٥

(٥) مواهب الجليل ٥٩/٥

(٦) الحديث رواه البيهقى فى السنن الكبرى ٥٦/٦ ، ٥٥

النبي ﷺ يرى صلاحيته للقتال وقد بلغ عند الأربع عشرة لأخذه لكنه رده فدل على عدم بلوغه .

واستدلوا أيضا بما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال : إن النبي ﷺ قال : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود »(١)

وجه الدلالة :

دل الحديث بصريح لفظه على أن هذا السن المحدد بخمس عشرة سنة متى وصله الغلام أو الجارية عد بالغا وثبت تكليفه بدليل ما ورد فى الحديث « كتب ماله وما عليه » أى يؤاخذ ويستحق وعندئذ يكون مكلفا والتكليف لا يكون إلا بالبلوغ .

وأيضـا :

فإن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالإنزال فكان السن علامة مادية متى وصلها الصبي عد بالغا كما أن الانزال يعتبر من العلامات المادية .

الرأى الثانى :

ما ورد عن الشيعة أنهم قالوا :

إذا وصل الصبي إلى ثلاث عشرة سنة إلى أربع عشرة سنة عد بالغا دونما تفرقة بين الذكر والأنثى .

---

(١) الحديث رواه أنس رضى الله عنه انظر تلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى ٤٨/٣ ط الكليات الأزهرية

وفى رواية أخرى عنهم بلوغ الذكر بعشر سنين وفى الأنثى بتسع سنين(١) ولعلهم فى ذكر روايتهم لتحديد السن بثلاث عشرة سنة أخذوا بأدنى سن البلوغ الذى حدده الأحناف ومن وافقهم باثنتا عشرة سنة وزاد عليها سنة للاحتياط .

الرأى الثالث: وهو لأبى حنيفة .

فقد حدد البلوغ للذكر بثمانى عشرة سنة وفى رواية عنه بتسع عشرة سنة والأنثى بسبع عشرة سنة .

استدل أبو حنيفة بقول الله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده ... » الآية(٢) .

وجه الدلالة :

دلت الآية على أن الصبى اليتيم لا يصح قربان ماله لوليه إلا بما يعود على الصبى بالمصلحة حتى يبلغ أشده وبلوغ الأشد كما فسره ابن عباس يكون بثمانى عشرة سنة وقيل ثنتان وعشرون وخمسة وعشرون فجعلت الثمانى عشرة سنة بداية بلوغ الأشد وظهوره فحدد البلوغ بها وتقل الأنثى عن الذكر سنة لأن نماءها أسرع من الذكر فقلت عنه سنة(٣) .

الرأى الرابع : « للمالكية »

فقد وجدت لهم آراء متعددة تبدأ من خمس عشرة كما ورد عن ابن وهب(٤)

---

(١) المختصر النافع ١٦٤ (٢) الآية من سورة الأسراء ٣٤

(٣) تبيين الحقائق ٢٠٣/٥ ، كشف الحقائق للافغانى ١٨٧/٢

(٤) انظر رأى ابن وهب فى الرأى الأول من هذه الآراء

وستة عشر كما ذكر بعض شراح رسالة ابن أبى زيد القيروانى وسبع عشرة وثمانى عشرة دون نسبهم لقائل(١) .

والراجح لدينا :

أن بداية السن الذى يصدق عنده الصبى والجارية بأنه قد بلغ هو خمس عشرة سنة ولا يصدق فى إنكار بلوغه متى وصل سنه إلى ثمانى عشرة سنة وسبب ذلك .

أننا لم نأخذ بأدنى السن الذى حدده الفقهاء وهو اثنتا عشرة سنة وإنما أضيف إليه ثلاث سنين ليكون حدا وسطا بين الاثنتا عشرة والثمانى عشرة

وأيضا :

لأنه ما بين الخمس عشرة سنة والثمانى عشرة يمكن أن ينكر الصبى بلوغه وتؤيده العلامات المادية كنحول بدنه وعدم ظهور العلامات المادية السابقة فإذا ادعى بلوغه عند الخمس عشرة صدق وإذا ادعى عدم بلوغه بعد الثمانى عشرة لا يصدق به .

وبداية المؤاخذة ربما كانت من بداية الخمس عشر ويمكن أن يتجاوز للذكر والأنثى عن أشياء بعد ذلك إذا ادعوا عدم البلوغ أما متى وصلوا إلى سن الثمانى عشر لا يمكن أن يقع التجاوز ولو كان عن أتفه الأشياء حيث إنهما قد وصلا إلى سن لم يخالف فيه أحد فى أنه يعد بالغا كل من وصل إليه.

---

(١) مواهب الجليل ٥٩/٥

ثانيا : « الرشد » :

هو الأمر الثانى الذى يشترط لزوال الحجر عن الصبى ذكرا كان أو أنثى بعد البلوغ الذى سبق الحديث عنه .

ولذلك سنذكر معنى الرشد ، وبيان آراء الفقهاء فيه ، وهل يتحد فى الذكر والأنثى أم لا ؟

معنى الرشد مطلقا مطلق الصلاحية والسداد(١) .

وأما معناه عند الفقهاء فقد اختلفوا فيه كما يلى :

١ـ عند الجمهور « الحنفية(٢) ـ المالكية(٣) ـ الحنابلة(٤) ـ الشيعة الإسلامية(٥) » .

يرون أن الرشد هو « الصلاحية فى المال » وبهذا قال أيضا ابن عباس والسدى والثورى(٦) .

وقد عرف الرشد بأنه « هو المعرفة بمصالح نفسه وتدبير ماله وإن لم يكن من أهل الدين »(٧) .

---

(١) لأن الرشد ضد الغى انظر مختار الصحاح /٢٤٤

(٢) شرح الدر المختار ٢٢٤/٢

(٣) بلغة السالك ١٤١/٢

(٤) المغنى والشرح الكبير ٥٢٢/٤

(٥) المختصر النافع ١٦٤

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣٧/٥

(٧) التسهيل فى علوم التنزيل ١٣٠/١

وينبني على ذلك أنهم لايشترطون الصلاحية فى الدين وإن وجدت كان أفضل على حد قول الشاعر :

ماأحسن الدين والدنيا إذا اجتمعا   وماأقبح الكفر والإفلاس بالرجل

وقد استدل هؤلاء على قولهم بما يأتى :

من الكتاب :

قول الله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » (١) .

وجه الدلالة من الآية :

أن الله سبحانه وتعالى قد جعل الرشد عقب البلوغ ولذلك بدأ بذكر البلوغ فى الآية حيث قال « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح » ثم ذكر الرشد بعده وعقبه مباشرة فعبر بالفاء التى تفيد الترتيب والتعقيب حيث قال : « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ... » الآية فربط دفع المال بالرشد ثم جعل الرشد الذى هو بمعنى الصلاحية للتصرف فى المال وتدبير التصرفات لابد أن يؤنس أى يرى ويبصر من البالغ وذكر فى الآية رشدا واحدا لأن كلمة « رشدا » نكرة ذكرت فى سياق الإثبات فلا تعم كما أن الرشد فى المال هو قول ابن عباس فمن رأى الرشد فى الدين فكأنه زاد على مراد الآية لأن المطلوب فى الآية رشدا واحدا ولو قلنا به فى الدين لكان المطلوب رشدين(٢) .

---

(١) النساء آية رقم ٥

(٢) لسان الحكام ٣١٤ ، المغنى ٥٢٢/٤ وكشف الحقائق ١٨٥/١

٤ ـ يرى الحسن وابن المنذر(١) والشافعية(٢) والظاهرية(٣).
أن الرشد هو « صلاح الدين والمال معاً »

وقد استدلوا على رأيهم بقول الله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ».

وجه الدلالة :

قالوا إن النكرة الواقعة فى سياق الشرط تفيد العموم كما صرح به إمام الحرمين فكلمة « رشد » نكرة وقعت فى سياق الشرط فعمت فشملت الصلاحية فى الدين والمال معا فلا تكفى الصلاحية فى المال وحدها لأن هذا يعتبر إخراجا من العموم بلا دليل .

والراجح لدينا هو قول الجمهور القائلين بأن الرشد هو الصلاحية فى المال وسبب هذا الترجيح ما يلى:

١ ـ أن كلا من الفريقين قد استدل بالآية وقد اتضحت دلالتها أكثر وأوضح فى رأى الجمهور وسبب هذا الاتضاح أن إيناس الرشد ذكر بعد ابتلاء اليتامى أى اختبارهم فى التصرف ومدى صلاحيته فى أموالهم .

وأيضا أن البالغ قبل بلوغه قد كان التكليف ساقطا عنه ولم يأت التكليف إلا بعد البلوغ والرشد مصاحبا للبلوغ فالتكليف بالخطاب وعقل

---

(١) المغنى ٤/٥٢٢
(٢) قليوبى وعميره ٢/٣٠١ ، مغنى المحتاج ١٦٨ ، السراج الوهاج ٢٣٠
(٣) المحلى لابن حزم ٨/٢٩٤

الجواب والتقرب إلى الله لا يكون إلا بعد البلوغ والرشد حيث يخط عليه القلم ويسجل عليه الجزاء من ثواب وعقاب .

٢ ـ أن القائلين بأن الرشد هو الصلاح فى العقل وحسن تدبير المال ـ رأى الجمهور ـ لم ينفوا الصلاحية فى الدين مطلقا وإنما ذكروا المعول عليه والأمر المقصود حصوله وهو دفع المال المرتبط بإيناس الرشد .

٣ ـ أن سياق الآية وسباقها يدلان على أن المقصود بالذات أن الرشد هو الصلاحية فى المال وانظر إلى السباق فى قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ... » الخ الآية وقوله تعالى « وابتلوا اليتامى » أى اختبروهم ، ثم جاء بعد ذلك تعليق دفع المال بإيناس الرشد فكان المطلوب الصلاحية فيما دفعه إليه وليه ، وأما السياق فقد سيقت الآية لبيان ما يفعل مع اليتيم حتى إذا بلغ ورشد أعطى ماله له ليتصرف فيه بناء على صلاحيته للتصرف

٤ ـ ولأن العدالة لا تعتبر فى الرشد فى الدوام فلا تعتبر فى الابتداء كالزهد فى الدنيا فعلى هذا يدفع إليه ماله وإن كان مفسدا لدينه كمن ترك الصلاة ومنع الزكاة(١)

كيف يعرف الرشد ؟

يعرف الرشد باختباره فى التصرفات والمحافظة على الأموال وعدم تبذيرها عملا بقوله تعالى « وابتلوا اليتامى ... » أى اختبروهم بما يدل

(١) كشاف القناع ٤٤٥/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥٢٣/٤ وشرح الدر المختار ٣٢٤/٢

على حسن تصرفهم ويختلف هذا الاختبار بحسب اختلاف الحرف والبيئة والزمان ... فيختبر الزارع بما يدل على حسن فلاحة الأرض والتاجر بما يدل على البيع والشراء والمماكسة فيهما وكل حرفة بما يتعلق بها(١) .

بعد أن اتفق الفقهاء على أنه لابد من توافر الرشد فهل يرتبط الرشد بسن معين أم لا ؟

يرى جمهور الفقهاء(٢) أن الرشد وإن كان يرتبط بالبلوغ إلا أنه لو بلغ الصبي غير رشيد فإنه يظل محجورا عليه وإن بلغ من الكبر عتيا ولا ينفك عنه الحجر حتى يظهر رشده .

ولم يخالف فى هذا إلا أبو حنيفة والنخعى وزفر(٣) حيث يرون أنه متى بلغ الصبي خمسا وعشرين سنة انفك حجره ودفع إليه ماله وصح تصرفه وإن بذر أمواله فيما لا يفيد .

استدل الجمهور بما يلى :

قول الله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم »

---

(١) المغنى لابن قدامة ٥٢٢/٤، كشاف القناع ٤٢٥/٢، مغنى المحتاج ١٦٩/٢ السراج الوهاج ٢٣٠

(٢) المغنى لابن قدامة ٥١١/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٠/٢ ، المواهب ٦٥/٥ وانظر لسان الحكام ٣١٤ « رأى الصاحبين »

(٣) شرح الدر المختار ٣٢٤/٢

وجه الدلالة :

علق الدفع على شرطين (البلوغ والرشد) والحكم المعلق على شرطين لايثبت بدونهما ومن ثم لو تحقق شرط البلوغ وحده لايجب دفع المال إليه حتى يحدث الشرط الآخر ومادام لم يحدث فانه يمتنع الدفع .

وأيضا :

قول الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم »

وجه الدلالة :

أن الآية نهت أن يعطى السفيه ماله لأن السفيه هو الذى يقوم بتبذير أمواله واتلافها فيما لايفيد وإن كان بالغا لأن من لم يرشد فهو سفيه مهما كبر سنه(١) .

واستدل أصحاب الرأى الثانى بما يلى :

١ — إن منع ماله عنه ليس للحجر وإنما هو بطريق التأديب ويظل التأديب مستمراً إلى خمس وعشرين سنة وبعدها ينقطع رجاء التأديب لذلك يسلم إليه ماله(٢) لأنه يصير فى هـذا السن جدا فلا فائدة فى المنع .

٢ — ولأن منع المال عنه باعتبار أثر الصبا وهو فى أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان(٣) .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٥١٢/٤

(٢) كشف الحقائق للافغانى ١٨٥/٢

(٣) المرجع السابق

٣ – ولأن أحوال البلوغ قد لايفارقها السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لأنه حال كال لبه ويؤيد هذا ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ينتهى لب الرجل إذ بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده(١) .

الترجيح :

الراجح هو رأى الجمهور وذلك لما يأتى :

أولا : إن قول أبى حنيفة ومن معه أن الحجر عليه حتى سن الخامسة والعشرين من آثار الصبا ممتنع لأن الأثر المتولد عن الصبا هو الحجر والحجر لا يزول إلا بتحقيق شرطين هما البلوغ والرشد فتحقيق أحدهما لا يزيل الحجر لاسيما أن البلوغ وحده ما هو إلا وصول حد معين من السن والفائدة الكبرى مترتبة على الرشد الذى لم يتحقق ومادام لم يتحقق الرشد فإن الحجر يظل قائما مهما أوتى من سن .

ثانيا : إن قوله إن منع ماله عنه إلى خمس وعشرين سنة من قبيل التأديب نقول له التأديب لمن ؟ فإن قال لمن بلغ غير رشيد فأدبه مسئول من وليه وحفظ المال لا يعتبر تأديبا وإنما يعتبر محافظة على من بلغ غير رشيد ولم يقل أحد بأن منع المال عن المحجور عليه يعتبر تأديبا .

ثالثا : إن ما ذكروه من كونه يمكن أن يكون جدا بخمسة وعشرين سنة ليس تحته معنى يقتضى الحكم ولا له أصل يشهد له فى الشرع فهو إثبات

---

(١) تبيين الحقائق ١٩٥/٥

للحكم بالتحكم ثم هو متصور لمن هو دون هذه السن فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعده من توافر سببه وهو عدم الرشد(١) .

هل يستوى الذكر والأنثى فى رفع الحجر بالبلوغ والرشد أم لا ؟

اتفق الفقهاء على الصبي الذكر إذا بلغ رشيدا وكان وليه أباه فإن الحجر ينفك عنه ببلوغه رشيدا ما لم يصدر منه ما يدعو إلى استمرار الحجر عليه كتبذير واتلاف لماله فيما لا يفيد أو رأى الأب عدم صلاحيته للتصرف فعندئذ يستمر الحجر .

أما إذا كان متولى أمر الصبي وصيه وبلغ فإنه لابد من ترشيده باختباره ولا ينفك حجره إلا بالترشيد

وكان الفرق بين الأب والوصى هو أن الحجر فى حالة الأب يرتفع بمجرد تحقيق الأوصاف دون حاجة إلى رفع الحجر أو الترشيد أما الوصى فالحجر لا يرتفع بمجرد تحقق الأوصاف بل لا بد من تحقق الترشيد وهو أمر لاحق للأوصاف المتقدمة والوصى إن كان مقدما من الأب لا يحتاج رفع الحجر إلى إذن الحاكم بخلاف المقدم من جهة الحاكم فإنه يحتاج إلى إذنه فى رفع الحجر عنه بترشيده هذا فى وجود الولى أو الوصى أما المهمل [من ليس له ولى من أب أو وصى] فان الحجر يرتفع عنه برشده ما لم يتبين وصف يوجب الحجر عليه

(١) المغنى لابن قدامة ٥٠٢/٤

عن سفه وغيره(١) هذا فى الذكر .

وأما الأنثى فقد وقع فيها الخلاف على رأيين هما :

الرأى الأول :

الجمهور عطاء والثورى وأبو ثور وابن المنذر(٢) والحنفية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة فى مشهور المذهب(٥) .

يقولون بأن الأنثى إذا بلغت وأنس رشدها انطلقت من الحجر وزالت عنها صفة الحجر وسلم إليها مالها وإن لم تتزوج.

واستدلوا على ذلك بما يأتى :

من الكتاب :

قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » الآية .

وجه الدلالة من الآية :

أن لفظ « اليتامى » فى الآية شامل للذكر والأنثى وكذلك إيناس الرشد المعلق عليه دفع المال يشمل كلا منهما فاذا تحقق من الأنثى ايناس رشدها

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزى ٣٣٦ ، ٣٣٧

(٢) المغنى لابن قدامة ٥١٧/٤

(٣) شرح الوقاية لصدر الشريعة بهامش كشف الحقائق للافغانى ٢/ ١٨

(٤) السراج الوهاج ٢٢٩

(٥) المغنى لابن قدامه ٥١٧/٤ ، والشرح الكبير باسفل المغنى ٥١٧/٤م

دفع إليها مالها وارتفع الحجر عنها كالذكر سواء بسواء لأن الآية لم تفرق بينهما .

واستدلوا أيضا بالقياس :

فان البالغة الرشيدة يصح تصرفها في مالها كالتي دخل بها زوجها سواء بسواء فكما أن من دخل بها زوجها صح تصرفها اتفاقا فكذلك من بلغت رشيدة ولم تتزوج .

الرأى الثانى :

« للمالكية(١) ورواية أبى طالب عن الأمام أحمد(٢) »

يقولون إن الأنثى تفترق عن الذكر في أنها إذا بلغت رشيدة لا يسلم إليها مالها بل يظل الحجر قائما عليها إلى أن تتزوج ويدخل بها زوجها وزاد الإمام اشتراط الولادة أو يمضى عليها سنة في بيت زوجها(٣) وبهذا قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه وشريح والشعبى وإسحاق(٤) .

واستدلوا على هذا بما يلى :

بما روى عن شريح أنه قال عهد إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ألا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولدا(٥) .

---

(١) الشرح الكبير بهامش الدسوقي ٢٩٨/٣

(٢) المغنى لابن قدامه ٢٩٨/٤

(٣) المرجع السابق

(٤) المغنى لابن قدامه ٥١٧/٤

(٥) رواه ابن ماجه في سننه ٧٩٨/٢ ط الحلبى

وجه الدلالة :

أن شريحا وهو قاضى كلف من قبل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنهما بألا يجوز لجارية عطية إلا بمضى مدة حول أو ولادتها بعد زواجها وهذا على أنها لا تستوى بالذكر فى رفع الحجر عنه .

ولما كان ذلك تكليفا من قبل أمير المؤمنين وانفاذ القضاء لهذا التكليف دون أن ينكر ذلك أحد من الصحابة فكان ذلك إجماعا .

ولأن البكر يزوجها أبوها بغير إذنها وإن كانت رشيدة فصارت كالصغيرة فى عدم انفكاك الحجر عنها(١) .

هذا وإن كان المالكية قد اتفقوا مع الإمام أحمد فى رواية أبى طالب عنه إلا أنهم ذكروا فى الجارية البالغة الرشيدة تفصيلا نذكره فيما يلى وآثرنا أن نذكره لتتم الفائدة :

قالوا : إن الأنثى لا يرتفع عنها الحجر كالغلام وإنما اشترطوا شروطا لابد من توافرها فى الأنثى حتى ينفك عنها الحجر وهذه الشروط تقل وتزيد حسب حالة الولاية عليها وعدمها .

فان كانت الولاية عليها للأب : لا ينفك حجرها إلا بتوافر أربعة أمور :

بلوغها وحسن تصرفها وشهادة العدول(٢) بحسن التصرف ودخول الزوج بها(٣) .

---

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥١٧/٥

(٣) اثنان فأكثر يشهدان على حسن تصرفها - الشرح الكبير ٢٩٨/٣

(٤) حاشية الدسوقى ١٩٨/٣

وأما إن كان متولى أمر الأنثى الوصى نظرنا فإن كان من جهة الأب فيشترط فيه الأمور التى تقدمت فى الأب ويزيد عليها أن يقوم هذا الوصى بإزالة الحجر وإن كان لا يحتاج إلى إذن . أما إذا كان الوصى مقدما من جهة القاضى فيعتبر فيه الأمور المتقدمة وفك حجره عن الأنثى لا يكون إلا بإذن القاضى . هذا فى الأنثى التى لها ولى أو وصى(١) .

ويفترق ترشيد الأب عن الوصى والمقدم فى هذا الموضع فى :

١ — إذا كانت الأنثى معلومة الرشد : يشترك كل من الأب والوصى والمقدم فى ترشيدها قبل الدخول وبعده .

٢ — أما اذا كانت مجهولة الرشد : يجوز للأب ترشيدها قبل الدخول وبعده ... ولا يجوز للوصى ترشيدها قبل الدخول ويجوز بعد الدخول فقط أما المقدم فلا يجوز له ترشيدها قبل الدخول ولا بعده(٢) .

والأنثى المهملة « وهى التى ليس لها أب ولا وصى »

فاما أن يعلم رشدها أو لا :

فان علم رشدها : فان تصرفها يكون ماضيا ولا حجر عليها تزوجت أم لم تتزوج وإن لم يعلم رشدها : فتصرفها مردود « أى محجور عليها » حتى يدخل بها الزوج ويمضى عام(٣) .

---

(١) حاشية الدسوقى ٢٩٨/٣

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٩٩/٣

(٣) بلغة السالك على الشرح الكبير ١٤٠/٢

والراجح لدينا فى هذا :

هو رأى الجمهور القائلين بانفكاك الحجر عن الأنثى بمجرد البلوغ والرشد وذلك بالرغم من التفاصيل التى أوردها المالكية لعدة أسباب :

أولها : أن قوله تعالى « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » الآية ، والتعبير بلفظ « منهم » يشمل الذكر والأنثى وغلب التذكير ومع هذا لا يخرج عنه الأناث ولما كان الكل متساويا فى إيناس الرشد ترتب على ذلك ارتباط دفع المال به حيث قال تعالى « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا » لأن الفاء تفيد الترتيب والتعقيب دون أن يكون هناك تراخ ولو قلنا باشتراط التزويج أو مدة بعد ذلك على التفصيل المتقدم لكان فى ذلك تراخ بين الرشد ودفع المال فى الأنثى وهذا لا دليل عليه يخصص ما فى الآية فبقيت الآية على العموم .

ثانيها : أننا لو قلنا بامتداد الحجر عليها حتى دخول الزوج بها لكان فى ذلك مخالفة لمنطوق الآية ومخالفة المنطوق الوارد فى صريح الآية تحتاج إلى دليل ولا دليل يصح فى ذلك .

ثالثها : أن المالكية ومن وافقهم عند ذكرهم للتفاصيل قالوا إن المهملة إن علم رشدها صح تصرفها قبل زواجها فكيف يصححون تصرف المهملة متى علم رشدها ويبطلون تصرف ذات الأب والوصى والمقدم معلومة الرشد ألا ترى أن فى ذلك تناقضا وتفرقة لا دليل عليها .

رابعها : من حيث استدلالهم بحديث عمر الذى روى عن شريح فان سلمنا بصحته فانه وارد فى رد العطايا ـ التبرعات ـ من الجوارى وهذه التبرعات

من التصرفات الضارة بها ضررا محضا لكن لم يتعرض للتصرفات الأخرى من البيع والشراء وغيرهما من أنواع المعاوضات فيعد من قبيل المسكوت عنه والمسكوت عنه يعتبر جائز التصرف فيه .

كما أن الإمام مالك رضي الله عنه لم يعمل بالحديث وإنما اعتمد على اجبار الأب لها على النكاح [illegible]

وأيضا لو أخذنا بهذا الحديث لتركت غالبية كم دفع أموال الأيتام إليهن إلا بعد زواجهن وربما لم يتزوج بعضهن فيمتنع دفع الأموال إليهن وتطول مدة التصبر فلا داعي ولإمكان صحة التصرف وفي هذا إضرار لأولادها وضياع لبكارتها [illegible]

كما أن وليها قد يضجر من طول مدة الصبر [illegible]

[illegible]

[illegible]

(١) [illegible]

[illegible]

---

(١) [illegible] ٣/٦٢٢

الفصل الثانى

الجنـون

ونتناول فيه تعريفه وأقسامه والفرق بينه وبين الصبا وأثره بالنسبة للتصرفات القولية والفعلية وانفكاك الحجر عن المجنون :

أولاً تعريف الجنون :

وقبل أن نتعرض لتعريف الجنون لابد أن نبين معنى العقل ومحل العقل وسبب ذلك أن الجنون هو فقد العقل ومن ثم نقول إن العقل هو معنى غير محسوس يمكن به الاستدلال من الشاهد على الغائب والأطلاع على عواقب الأمور والتمييز بين الخير والشر ومحله ـ العقل ـ الدماغ .

وعلى هذا فتعريف الجنون يكون بأنه « ذهاب المعنى الذى يدرك به عواقب الأمور والتمييز بين الخير والشر(١) .

وذهاب المعنى ـ المذكور ـ وهو العقل الذى بمقتضاه يستطيع أن يميز بين الخير والشر والطيب والقبيح قد يكون مستمراً لا انقطاع فيه وقد يكون غير مستمر فيذهب أحيانا ويأتى حينا آخر ولذلك ينقسم الجنون إلى قسمين « مطبق ومتقطع »

---

(١) كشف الأسرار للبزدوى ٢٦٣/٤

أما المنطبق فهو عبارة عن ذهاب العقل بالكلية(١) « فلا يرجى زواله ولا يتوقع الشفاء بعد الجهد .

وأما المتقطع فهو :عبارة عن ذهاب العقل أحيانا وعوده أحيانا أخرى لسبب

الفرق بين الجنون والصبا :

لما كان الجنون عارضا من عوارض الأهلية وسببا موجبا للحجر فعلينا أن نبين الفرق بينه وبين الصغر .

وإذا أردنا أن نبين أوجه الفرق كان علينا أن نبين أوجه الاتفاق ثم أوجه الاختلاف فيما يلي :

أولا : أوجه الاتفاق :

يتفق الجنون والصبا في:

١ — أن كلا منهما سبب من أسباب الحجر المتفق عليه بين الفقهاء(٢)

٢ — وأن كلا منهما سبب شرع فيه الحجر لمصلحة المحجور عليه بقصد المحافظة على أموالهم(٣) .

٣ — أن أقوال كل من الصبي والمجنون غير معتبرة ومن ثم وجب الحجر عليهما بخلاف الأفعال فلا حجر فيها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطها وهو غير موجود(٤) .

---

(١) موسوعة فقه عمر بن الخطاب للقلعة جي ٢٢٩

(٢) كما سبق بيانه

(٣) البداية على الهداية ٢١٦/٨

(٤) الهداية وبهامشها البداية ٢١٨/٨ ، ٢١٩ .

٤ ــ ضمان ما أتلفاه في مالهما لأن الاتلاف فعل والفعل غير مردود ولو قوعه حساً ويكون الضمان في مالهما ويقوم الولي بأدائه نيابة عنهما لأن المال هو المقصود في حقوق العباد دون الفعل والمقصود يحصل بأداء النائب (١) .

٥ ــ يستوي المجنون بأول أحوال الصبا (وهي مرحلة ما قبل التمييز) .

ثانيا : أوجه الخلاف .

يختلف الصبا عن الجنون في :

١ ــ أن الصبي أحسن حالا من المجنون فإنه ناقص العقل في بعض أحواله عديم العقل في بعضها الآخر بينما المجنون عديم العقل (٢) .

٢ ـ الجنون الغالب لا يجتمع مع الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما الصبي فإن أهليته مرتقبة ببلوغه إما بالعلامات أو بالسن مصحوبا بالرشد كما تقدم فأهليته منتظرة بخلاف المجنون فلا تنتظر أهليته لاسيما إذا كان الجنون مطبقا (٣) .

٣ ـ بالنسبة للصبي تقدم أن تصرفاته تنقسم إلى ثلاثة أقسام فإن كانت نافعة نفعا محضا جازت بلا إذن وليه وإن كانت ضارة ضررا محضا بطلت وإن أجازها وليه وإن دارت بين النفع والضرر توقفت على إجازة الولي أما المجنون : فإن تصرفاته كلها لا يعتد بها مادامت من الأقوال لما بين الصبي والمجنون من أن الصبي عنده عقل قاصر والمجنون لا عقل له .

---

(١) كشف الأسرار للبزدوي ٢٦٩/٤

(٢) المرجع السابق ٢٦٤/٤

(٣) البداية على الهداية ٢١٥/٨ ، ٢١٦

أثر الجنون بالنسبة للتصرفات القوليه والفعلية .

أولا : من ناحية التصرفات القولية : فقد اتفق الفقهاء على أن المجنون ممنوع من التصرفات القولية(١) لفقدان عقله الذى استوجب الحجر عليه محافظة على ماله فتصرفاته القولية مردودة وهذا يستوى فيه المجنون جنونا مطبقا والمجنون جنونا متقطعا متى أجرى التصرفات القولية حال جنونه فان أجراها حال إفاقته صحت لاستوائه بالعقلاء لوجود المعنى الذى يدرك به عواقب الأمور وآثار التصرفات وهو العقل .

ثانيا : من حيث التصرفات الفعلية :

ومن أمثلتها اتلاف المجنون لمال غيره أو غصبه منه فهلك عنده فان يضمن ما أتلفه وما هلك فى يده فكل أفعاله مضمونة فى ماله وإن كان المسئول عنه فى ذلك وليه وهذا لوقوع التصرفات الفعلية حسا ولا يمكن ردها(٢) وهو غير محجور عليه فى فعله ويترتب عليه موجب الفعل الذى وقع منه لتحقيق السبب وهو وجود أهلية الوجوب وهى الذمة فكل آدمى يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله إلا أنه لا يخاطب بالاداء إلا عند القدرة قياسا على المعسر فانه لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر(٣) فكل

(١) المرجع السابق ٢١٤/٨ ، ومغنى المحتاج ١٦٥/٢ ، ١٦٦ البدائع ١٧١/٧ مواهب الجليل ٤٨٥/٥ ، كشاف القناع ٢٤٤/٣ ، والمغنى ٥٠٨/٤ ، ٥٠٤

(٢) كشف الحقائق ١٨٤/٢

(٢) تبيين الحقائق ١٩٢/٥

أفعاله يؤاخذ عليها ، فإن كان الفعل الذى فعله يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص(١) فيجعل عدم القصد شبهة لدرء الحد وإن فعل المجنون ما يستوجبه(٢) .

واعترض على اعتبار الأفعال دون الأقوال بأن الأقوال موجودة حسا كالأفعال إذ الأفعال تدرك بالرؤية والأقوال تدرك بالسماع فلم اعتبرت الأفعال دون الأقوال ؟

وأجيب عن هذا الاعتراض من وجهين :

أحدهما : أن الأقوال الموجودة حسا ليست هى عين المدلولات وإنما هى دالة على هذه المدلولات وقد يتحقق المدلول مع وجود الدال عليه وقد لا يتحقق بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة .

ثانيهما : أن الأقوال تحتمل الصدق والكذب والهزل ألا ترى أن الإنسان الحر البالغ العاقل قد يقع منه قول لكنه لا يقصد منه شىء فيعتبر هازلا فلا يعتبر قوله شرعا والذى يميز بين الاحتمالات الثلاثة المذكورة هو القصد فلابد من اعتباره مع الأقوال أما الفعل فإنها حيث وقعت تعتبر حقيقة ماثلة لا يمكن دفعها أو إنكارها فلا حاجة فيها للقصد(٢) .

وبعد أن فرغنا من الكلام عن المجنون نقول هل العته يعتبر نوعا من الجنون ومن ثم تسرى عليه أحكامه أو لا يعتبر فلا تسرى عليه أحكامه؟

---

(١) البناية على الهداية ٢١٩/٨

(٢) البناية فى شرح الهداية ٢١٩/٨

أولا : المعتـه هو :

عرفه صاحب كشف الأسرار بأنه : آفة توجب خللا فى العقل فتجعل صاحبها مختلط الكلام فتارة يشبه كلامه كلام العقلاء ، وتارة يشبه كلامه كلام المجانين(١).

وهذا التعريف للعته خلت منه كل كتب الفقه وسبب ذلك أنهم جعلوا العته قسما من أقسام الجنون بل إن « صاحب البناية » صرح بأن المعتوه هو الشخص الذى يجن ويفيق(٢) .

وهذا التصريح ربما لا يتفق مع الواقع لأنه أعطى المعتوه حكم المجنون الذى يجن تارة ويفيق أخرى وفى هذا تناقض لأننا سبق أن قررنا بأن المجنون جنونا غير مطبق وهو الذى يجن تارة ويفيق أخرى فانه حال جنونه يسرى عليه ما يسرى على المجنون جنونا مطبقا خصوصا فى أقواله لأن الأقوال هى موضع الحجر وفى حال افاقته يسرى عليه ما يسرى على العقلاء ومن ثم يختلف عن المعتوه لأن المعتوه عنده عقل إلا أن الآفة الموجودة لديه تصيبه بخلل فيه فيجعل لديه اختلاطا فى كلامه فبعضه يشبه كلام المجانين والبعض الآخر يشبه كلام العقلاء و كلاهما يصدر فى آن واحد أو على التتابع الفورى لذلك اختلف المعتوه عن المجنون جنوناً غير مطبق .

وخير من قال فى المعتوه حكما ظاهراً يميزه من غيره صاحب كشف الأسرار حيث قال : إن المعتوه غير المجنون فان كان المجنون يشبه الصبى

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوى ٢٧٤/٤

(٢) البناية على الهداية ٢١٤/٨ ، ٢١٥

فى أول مراحله - وهى مرحلة ما قبل التمييز - فان المعتوه يشبه الصبا فى آخر مراحله - أى قبل البلوغ - وهى مرحلة التمييز فلذلك اختلف المجنون عن المعتوه وهذا الذى ذكرناه عند الأحناف ، وبقية الفقهاء من المذاهب الأخرى[1] يقولون بما قال به صاحب الهداية من عدم التفرقة بين المعته والجنون .

ولذلك نرى رجحان ما رآه صاحب كشف الأسرار وما دمنا نرى ذلك فنقول إن أقوال المعتوه يسرى عليها ما يسرى على الصبى المميز من حيث الحجر عليه لمصلحة نفسه ولذلك فتصرفاته القولية تنقسم إلى الأقسام الثلاثة التى ذكرت فى الصبى المميز - فيما سبق - ومدار هذا التقسيم على المنفعة الناتجة عن هذا التصرف فان حق التصرف نفعا محضا جاز دون توقف على إذن الولى وإن حقق ضررا محضا بطل وإن دار بين النفع والضرر انعقد وتوقف نفاذه ورده على إجازة الولى ورده

وقد حدد هذا المعيار تحديدا دقيقا صاحب كشف الأسرار حيث قال : « إن الجنون يشبه أول أحوال الصبا - ما قبل التمييز - فى عدم العقل يشبه العته آخر أحوال الصبا فى وجود أصل العقل مع تمكن خلل فيه فكما ألحق الجنون بأول أحوال الصغر فى الأحكام ألحق العته بآخر أحوال الصبا فى جميع الأحكام حتى إن العته لايمنع صحة القول والفعل كما لا يمنعها

---

(١) الفتاوى الهندية ٥/٥٤ ، الشرح الكبير ٣/٢٩٢ ، مغنى المحتاج ٢/١٦٦ الشرح الكبير بأسفل المغنى لابن قدامة ٤/٥٠٩

الأصبا مع العقل ـ التمييز ـ(١)

أما من حيث الأفعال فانه مؤاخذ بها فى سائر أحواله فاذا تلف شيئا ضمنه فى ماله .

انفكاك الحجر عن المجنون :

ينفك الحجر عن المحجور عليه بسبب الجنون بزوال الجنون وعودة الإفاقة عليه لأن الحجر مرتبط بسببه ـ وهو زوال عقله فمتى عاد إليه عقله زال عنه الحجر وصحت كافة تصرفاته القولية .

وبهذا قال الشافعية (٢) والحنفية (٣) والحنابلة(٤) وإن كان الحنابلة قد نصوا على أنه إن أراد توليه القضاء بعد إفاقته فيما إذا كان قاضيا قبل جنونه فلا تعود إليه ولاية القضاء إلا بحكم حاكم (٥) أما المالكية (٦) فقد فرقوا بين من بلغ مجنونا ومن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ والرشد فان من بلغ مجنونا ثم أفاق بعد ذلك لا ينفك عنه الحجر إلا بعد إثبات رشده لأن رشده لم يثبت عند بلوغه أما إذا طرأ عليه الجنون بعد البلوغ

---

(١) كشف الأسرار ٢٧٤/٤
(٢) مغنى المحتاج ١٦٦/٢
(٣) البدائع ١٧١/٧ ، ١٧٢
(٤) المغنى والشرح الكبير ٥١٠/٤
(٥) المرجع السابق
(٦) مواهب الجليل ٥٨/٥

ثم أفاق انفك عنه بإفاقته دون حاجة إلى إثبات رشده لأنه قد ثبت قبل طروء الجنون عليه (١)

ولذلك :

نجد أن غالبية المذاهب الفقهية تجعل الإفاقة هي التي ينفك عند حصولها الحجر المثبت على المجنون فبالإفاقة تعود الولايات المسلوبة منه وتصبح كافة تصرفاته القولية بسائر أقسامها نافعة أو ضارة أو دائرة بينهما .

---

(١) المرجع السابق

الفصل الثالث

« السفه » كسبب من أسباب الحجر

ويحتوى على :

أولا : تعريفه

ثانيا : اختلاف الفقهاء فى كونه سببا للحجر

ثالثا : متى يبدأ الحجر على السفيه ومتى ينتهى

رابعا : تصرفات السفيه

خامسا : ذى الغفلة

« أولا » تعريف « السفه »

السفه لغة : له عدة معان منها :

أنه خفة وطيش فى العقل ومن معانيه : الجهل يقال : سفه الحق أى جهله وهو قول الزجاج أخذا من قوله تعالى« ومن يرغب عن ملة ابراهيم إلا من سفه نفسه »(١) أى جهل نفسه .

ومن معانيه أيضا الإهلاك وهو قول أبو عبيدة وبه فسر الآية المتقدمة بأن « من سفه نفسه » أى أهلكها وأوبقها (٢)

---

(١) سورة البقرة ١٠٣

(٢) المصباح المنير ٢٧٩/١ ، لسان العرب لابن منظور ٢٠٣٢/٣، ٢٠٣٣

وفى الاصطلاح :

عرف بتعريفات كثيرة أهمها :

١ ـ أن السفيه هو من لا يحسن التصرف فى ماله

٢ ـ عرف صاحب الفتاوى الهندية السفة بأنه : « العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجر »(١)

هذا المعنى المتقدم عبارة عن تعريف السفه من حيث إنه وصف مجرد عن الشخص .

أما إذا أردنا تعريف السفيه أى الذى يوصف بالسفه فنقول بما يلى :

(أ) عرفه صاحب موسوعة فقه عمر بأنه : هو من لا يحسن التصرف فى ماله(٢)

(ب) وعرفه صاحب الفتاوى الهندية بأنه : الذى عادته التبذير والإسراف فى النفقة وأنه الذى يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا (٣)

(جـ) وقد عرفه الجرجانى بتعريف جمع فيه بين وصفه بالسفه والشخص الذى يحل به هذا الوصف فقال إن السفه عبارة عن :

« خفة تعرض للانسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل بخلاف

(١) الفتاوى الهندية ٥/٥٥

(٢) موسوعة فقه عمر ٢٩٢

(٢) الفتاوى الهندية ٥/٥٥

طور العقل وموجب الشرع »(١) وقد وافقه صاحب كشف الأسرار على هذا التعريف (٢)

وهذا التعريف يتناول ارتكاب كافة المحظورات فإن ارتكابها من السفه حقيقة. وقد غلب فى اصطلاح الفقهاء إطلاق السفه على « تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع »(٣،٤) حتى أن بعض المذاهب الفقهية قد عبرت عن السفه بالتبذير .

« ثانيا » اختلاف الفقهاء فى كون السفه سبب للحجر

اتفق الفقهاء على أن الصبى إذا بلغ سفيها يظل الحجر عليه قائما دون حاجة إلى إنشاء حجر جديد وإنما يكون امتدادا للحجر السابق على البلوغ(٥) لأن أبا حنيفة لم يجعل الفترة الواقعة بعد البلوغ حتى سن الخامسة والعشرين حجرا وإنما جعلها فترة للتأديب والتهذيب والتربية لأنه يمنع الحجر على الانسان الحر العاقل البالغ بسبب سفهه(٦)

---

(١)التعريفات للجرجانى ١٥٨

(٢) كشف الأسرار ٣٦٩/٤

(٣) المرجع السابق

(٤) التاج والاكليل بهامش المواهب٥٧/٥ ،المغنى والشرح الكبير٥٢٥/٤، مغنى المحتاج ١٦٥/٢

(٥)المواهب ٧٥/٢ ، المغنى ٥٢٤/٥ ، مغنى المحتاج ١٧٠/٢، البناية ٢٢٩/٨

(٦)البناية على الهداية ٢٣٠/٨

أما إذا بلغ الشخص رشيدا ثم طرأ عليه السفه فهل يحجر عليه أم لا ؟
وقع خلاف بين الفقهاء هو :

الرأى الأول :

للجمهور (وهم المالكية (١) والشافعيه (٢) والحنابلة(٣) وأبو يوسف ومحمد من الحنفية)(٤) يرون وجوب الحجر على السفيه لأنهم يرون أن السفه سبب من أسباب الحجر والحجر فيه إنما هو لمصلحة السفيه.

وبهذا الرأى قال : الأوزاعى وإسحاق وأبو عبيد (٥)

واستدلوا على هذا بما يأتى :

من الكتاب :

١ ـ قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا »(٦)

وجه الدلالة :

أن هذه الآية دلت صراحة على النهى للأولياء أن يُعطوا أموال السفهاء إليهم لعلة سفههم وهذه الدلالة دلالة نص فلا تحتمل غيرها وذلك

---

(١) المواهب ٧٤/٥
(٢) مغنى المحتاج ١٧٠/٢
(٣) المغنى ٥٢٤/٤
(٤) البناية ٢٢٩/٨
(٥) المغنى ٥٣٤/٤
(٦) سورة النساء٥

لأنها جعلت أموال السفهاء كأموال الأولياء سواء بسواء فأسندت الأموال إلى الأولياء وعندما تعرضت الآية للرزق والكسوة أسندتهما إلى أموال السفهاء فقال الله تعالى « أموالكم » وقال « وارزقوهم فيها » فكان هذا دليلا على وجوب الحجر على السفهاء بسبب سفههم(١)

٢ — قوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل »(٢)

وجه الدلالة :

إن هذه نص فى إثبات الولاية على السفيه ولا يتصور إثبات الولاية إلا بعد الحجر عليه (٣)

ومن السنة :

ما روى عن عروة بن الزبير أن عبدالله بن جعفر ابتاع بيعا فقال على رضى الله عنه لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبدالله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وإن عليا يريد أن يأتى أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر على فقال الزبير أنا شريكك فى البيع فأتى علىٌّ عثمان فقال إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه فى البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟

---

(١) البناية على الهداية ٢٢٩/٨

(٢) البقرة ٢٨٢

(٣) كشف الأسرار ٣٧١/٤

وجه الدلالة من هذه القصة التي تعتبر أثرا ما يلي :

أن عليـا رضي الله عنه طلب الحجر على ابن جعفر ورفـع الأمر إلى أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه وكان من الممكن أن يطبق عثمان الحجر على ابن جعفر إذ لو لم يكن الحجر جائزاً بسبب التبذير ـ السفه ـ لما قام على برفعه إلى أمير المؤمنين ولو لم يكن جائزاً أيضا لكان من المتوقع أن يرده أمير المؤمنين لكنه لم يرد الحجر إلا لسبب آخر عن دائرة التبذير هو وقوع شركة الزبير لابن جعفر لشهرة الزبير بالكياسة في التجارة فكان ذلك سببا لرد مطلب على فدل هذا على مشروعية الحجر للتبذير .

وهذه القصة اشتهرت بين الصحابة وانتشرت ولم ينكر عليه أحد منهم مطلب الحجر بسبب التبذير فكان ذلك إجماعا (١)

ومن القياس :

السفه الطارئ بعد البلوغ يقاس على السفه المصاحب للبلوغ لأن العلة التي اقتضت الحجر على من بلغ سفيها هي سفهه وهو موجود في السفه الطارئ .

وأيضا :

إن السفه إذا قارن البلوغ منع دفع المال الى السفيه فكذلك اذا طرأ بعد البلوغ أوجب انتزاع المال عنه قياسا على الجنون الطارئ بعد البلوغ (٢)

---

(١) المغني ٥٢٤/٤ ، ٥٢٥ ، كشف الأسرار ٣٧١/٤

(٢) المغني ٥٢٥/٤

وأيضا :

إن السفيه مبذر فى ماله فيحجر عليه لأن فى الحجر عليه نظر له قياسا على الصبى بل هو أولى بالحجر لأن التبذير عند الصبى متوهم وعند السفيه متحقق والحجر للتبذير المتحقق أولى من التبذير المتوهم(١) .

الرأى الثانى :

لأبى حنيفة(٢) وابن سيرين والنخعى(٣) والظاهرية(٤) .

وهم يرون أنه لاحجر بسبب السفه الطارىء بعد البلوغ .

من الكتاب :

أولا : قول الله تعالى « ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا »

وجه الدلالة :

دلت الآية على نهى الولى عن إعطاء السفيه ماله والمراد بالسفهاء هنا الصبيان والنساء فامتنع هنا الحجر على المبذرين لعدم دلالة الآية عليهم(٥) وهذا قد روى بعدة روايات.

---

(١) كشف الأسرار ٣٧١/٤

(٢) البناية على الهداية ٢٢٨/٨ ، كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٥/٢

(٣) المغنى ٥٢٤/٤

(٤) المحلى ٢٢/٨

(٥) المحلى /٢٢٨

ثانيا : استدلوا بالعمومات الواردة فى البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحو قوله تعالى « وأحل الله البيع »(١) .

وقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فا كتبوه ... إلى قوله تعالى .. ولا يبخس منه شيئا »(٢) .

وقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا لأتا كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٣) .

وجه الدلالة من هذه الآيات مايلى :

أن هذه عمومات لم يستثن منها أحد سفيه أو غيره فحل البيع للجميع وكذلك كتابة الدين وإباحة التجارة مادامت قائمة على التراضى ومادام السفيه غير مخرج من هذه العمومات فلا يجوز الحجر عليه(٤) .

والقياس :

بقياس السفيه على الرشيد بجامع أن كلا منهما حر مكلف فلا يحجر عليه

ومن المعقول :

إن الحجر على السفيه فيه سلب لولايته وإهدار لكرامته وإلحاقه بالبهائم وفى هذا ضرر شديد أما التبذير ففيه إتلاف لماله وضرره أخف

---

(١) البقرة آية ٢٧٥

(٢) سورة البقرة ٢٨٢

(٣) سورة النساء رقم ٢٩

(٤) البدائع ١٦٩/٧ ، ١٧٠

من القضاء على الآدمية فيتحمل تبذير ماله واتلافه لأنه ضرر أدنى فلا يحجر عليه حتى لا تهدر كرامته ولا تضيع آدميته التى هى ضرر أعلى (١)

الترجيح :

والراجح لدينا ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن السفيه يحجر عليه إذا كان السفه قد طرأ عليه بعد بلوغه رشيدا وذلك للأسباب الآتية :

أولا : إن ما استدل به أبو حنيفة والظاهرية ومن معهم من قوله الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية وذكروا وجه دلالة الآية بأن المراد بالسفهاء النساء والصبيان غير مسلم لأن لفظ السفهاء عام يشمل الرجال والنساء فتخصيصه بالنساء تخصيص بلا دليل ولو كان يريد النساء بخصوصهن لنص عليهن فمراد النساء إذن غير صحيح وأما الصبيان فلا يدخلون تحت لفظ السفهاء لأنهم دخلوا تحت لفظ اليتامى المذكور فى قول الله تعالى : « وابتلوا اليتامى ... » الآية لأن لفظ اليتامى يشمل الصبيان ذكورا وإناثا ، ولو قلنا بأن الصبيان يدخلون تحت لفظ السفهاء لما كان لذكر اليتامى فائدة لكن بالاتفاق مدلول لفظ « اليتامى » الصبيان دون البلوغ لأنه لا يتم بعد البلوغ فتبين أن الاستدلال الذى استندوا إليه غير صحيح .

ثانيا : إن ماستدلوا به من العمومات لايظهر معناه فى السفهاء

---

(١) كشف الحقائق ٢/١٨٥

وإنما يظهر فيمن ثبت رشده لأنه هو الذى يعقل أن البيع سالب والشراء جالب .

وهذه العمومات ورد ما يخصصها من الآية الدالة على نهى الأولياء عن إعطاء الأموال للسفهاء فى قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ... » الآية وإباحة التجارة عن تراض شرطها عدم الغبن الفاحش فإن كان غبن فاحش عدت من أكل الأموال بالباطل المنهى عنه فى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ... » الآية .

ثالثا : قياسهم الذى استدلوا به قياس فاسد لأن السفيه لايقاس على الحر البالغ الرشيد لأن الرشد والسفه لايجتمعان فمن ثبت رشده صح تصرفه ومن انتفى رشده لم يصح تصرفه والسفيه رشده منتف فكيف يقاس على من به رشد .

رابعا : وأما المعقول : فقد تبين أنه غير معقول وسبب ذلك أن المال من الكليات الخمس التى حث الشرع على المحافظة عليه حيث إن به قوام الحياة بل هو عصبها بلا منازع ومحافظتنا على مال السفيه محافظة على نفس السفيه والحجر عليه لاينفى كرامته لأن الكرامة ثابتة لبنى آدم جميعا دون استثناء حتى المجنون عملا بقوله تعالى « ولقد كرمنا بنى آدم »(١) الآية والحجر على السفيه ليس فيه إهدار لكرامته بل فيه محافظة على كرامته ودفع تبذيره ومنعه من اتلاف ماله حيث يقول الله تعالى « ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما »

---

(١) سورة الاسراء رقم ٧٠

وليس هناك ضرر أدنى ولا أعلى بل هو ضرر واحد وهو متحقق فيما لو لم نحجر عليه إذ يضيع ماله بتبذيره .

خامسا : ما استدل به الجمهور صريح فى الدلالة على جواز الحجر على السفيه سواء من حيث الكتاب أو من حيث السنة وسلم من الاعتراضات الصحيحة بل عد ذلك القول بالحجر على السفيه إجماعا كما سبق عند ذكر أدلتهم .

ثالثا : بداية الحجر على السفيه وانتهاؤه :

إذا كنا قد سلمنا بوجوب الحجر على السفيه الذى طرأ عليه السفه بعد تسليم أمواله إليه لكن نتساءل متى يبدأ الحجر ومتى ينتهى ؟
ونتناول ذلك فى مطلبين هما :

المطلب الأول « بداية الحجر »

١ — جمهور الفقهاء وهم المالكية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣) وأبو يوسف من الحنفية(٤) يرون : أن الحجر على السفيه الذى طرأ عليه السفه لايبدأ إلا بحكم الحاكم وقبل حكم الحاكم لايكون محجورا عليه .

وقد استدلوا على هذا :
بأن التبذير أمر يختلف بحسب الغرض الذى ينفق فيه المال ويختلف

---

(١) المواهب ٥/٧٤ (٢) المهذب ١/٣١٢
(٣) المغنى ٤/٥٢٥ (٤) البدائع ٧/١٦٩

في مدلول التبذير أي متى يعتبر هذا الفعل تبذيرا ومتى لايعتبر؟ ولما كان التبذير أمر يختلف ويختلف فيه كان محلا للاجتهاد فاحتاج إلى حكم الحاكم لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ، ومن ثم كان ثبوت الحجر على السفيه بحكم الحاكم كما استدلوا على هذا بالقياس :

حيث قالوا إن الحجر على السفيه يعتبر كاثبات إبتداء مدة العنة ولما كان إبتداء مدة العنة يحتاج فيه إلى حكم الحاكم كان الحجر على السفيه كذلك يحتاج إلى حكم الحاكم بجامع أن إثبات بداية المدة في الحجر على السفيه والعنة أمر خفي لايثبت إلا بحكم الحاكم .

وأيضا :

فإن الحجر على السفيه أمر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم قياسا على المفلس فلايحجر عليه إلا بحكم الحاكم(١) .

٢ — يرى محمد بن الحسن من الحنفية أن الحجر على السفيه يبدأ بمجرد حدوث السفه . .

واستدل على هذا :

بأن السفه هو السبب الموجب للحجر فارتبط الحجر به فبدأ بوجوده لأن المسبب يرتبط بالسبب وجودا وعدما .

وأيضا « بالقياس » حيث قال :

إن الحجر على السفيه يعتبر كالحجر على المجنون يبدأ بوقوع الجنون

---

(١) المغنى ٤/٥٢٥

فباشرة فكان السفه مثله فى وجوب إثبات الحجر (١)

وثمرة الخلاف تظهر فيمن تعامل مع السفيه قبل صدور الحكم بالحجر عليه.

فعلى رأى الجمهور يتم التعامل معه صحيحا وينتج كل ماله من آثار بشرط ألا يثبت أن المتعامل معه استغل طيشه البين وهواه الجامح ومن ثم لا يكون على علم بسفهه.

وعند محمد بن الحسن لا يصح هذا التعامل لوجود السفه الذى يقتضى الحجر عليه بسببه حتى ولو لم يكن عالما بسفهه فلا ينتج التعامل معه أى أثر لعدم صحته لصدوره من غير أهله - المحجور عليه بالسفه - بخلاف التعامل معه بعد الحكم بالحجر عليه فان التعامل معه لا أثر له إجماعا.

الترجيح بين هذين القولين :

الراجح هو رأى الجمهور وذلك لما يأتى :

أولا :

لأن الشخص الذى طرأ عليه السفه قد يظن الناس جهلا أنه رشيد فيتعاملون معه بناء على غالب الظن وحكم الحاكم بالحجر يقضى على هذا الظن فيظهر أمره ويحذر من خطر التعامل معه.

ثانيا :

لما كان الأمر محل خلاف كان حكم القاضى هو الذى يرفع الخلاف

(١) بدائع الصنائع ١٦٩/٧ ، المغنى ٥٢٥/٤

المطلب الثانى « انتهاء الحجر على السفيه »

هل ينتهى الحجر على السفيه بزوال السفه أم بحكم الحاكم ؟

١ - يرى جمهور الفقهاء وهم المالكية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣) وأبو يوسف من الحنفية (٤)

أن الحجر على السفيه لا يزول إلا إذا حكم به الحاكم وإن تأخر الحكم عن وقت زوال السفه .

واستدلوا على هذا :

(أ) بأن الحجر على السفيه ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا بحكم مثله كذلك قياسا على حجر المفلس .

(ب) أن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد فى معرفته وزوال التبذير يحتاج إلى تأمل واجتهاد أيضا فاستوى بابتداء الحجر عليه فكان حكم الحاكم لازما فيهما (٥)

٢ - يرى محمد بن الحسن من الحنفية وأبو الخطاب من الحنابلة أن الحجر على السفيه يزول بزوال سفهه دون حاجة إلى حكم حاكم بزواله

واستدلا على ذلك :

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢٤٧/٣

(٢) المهذب ٣٣١/١ .

(٣) المغنى ٥٢٥/٤

(٤) البدائع ١٧٢/٧ ، ١٧٣

(٥) المغنى ٥٢٥/٤ ، البدائع ١٧٢/٧ ، ١٧٣

بأن السفه هو السبب فى الحجر عليه فنى زال عنه السفه زال عنه ما يترتب عليه وهو الحجر قياسا على الصبا والجنون فانهما لا يحتاجان فى رفع الحجر عنهما إلى الحاكم فكذلك أمر السفيه (١)

وثمرة الخلاف فى أن من باع السفيه شيئا أو اشترى منه بعد زوال سفهه وقبل صدور الحكم بزوال الحجر عنه صح هذا التصرف عند محمد وأبو الخطاب لزوال سبب الحجر وعند الجمهور لا يصح هذا التصرف لأنه صدر منه قبل صدور الحكم بزوال السبب أى حالة كونه محجورا عليه .

رابعا : تصرفات السفيه

وهى تنقسم إلى قسمين « فعلية وقولية »

التصرفات الفعلية :

اتفق جميع الفقهاء (٢) على جواز تصرفاته الفعلية وترتب اثارها عليه بمعنى أنه لو أتلف شيئا التزم بضمانه فى ماله وكذلك لو جنى جناية موجبة القصاص اقتص منه ولو غصب شيئا التزم برده إن كانت العين المغصوبة قائمة أو قيمتها إن هلكت ولو فعل ما يوجب حدا أقيم عليه .

وفى هذا يفترق عن الصبى المميز والمجنون لأن الصبى المميز والمجنون يفترقان عن السفيه إذ القصد عندهما غير كامل فأورث شبهة تدرأ الحد

(١) المغنى ٥٢٥/٤ ، البدائع ١٧٣/٧

(٢) مغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥٢٧/٤ ، البدائع ١٧١/٧ الشرح الكبير بهامش الدسوقى ٢٢٧/٣

وأما السفيه فالقصد عنده كامل فلم توجد عنده شبهة تدرأ الحد والقصاص (١).

وخلاصة القول فى التصرفات الفعلية أنه يؤاخذ بها لأن الحجر على السفيه وارد على التصرفات القولية المتعلقة بالأموال والأفعال ليست منها (٢).

التصرفات القولية :

أما التصرفات القولية فهى محل الحجر على السفيه وغيره يكون فى الأقوال دون الأفعال .

وبالرغم من هذا نجد أن الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم ونذكر هذا الخلاف على النحو التالى :

١ - عند الأحناف وقع الخلاف بين الإمام وصاحبيه .

يرى أبو حنيفة أن تصرفات السفيه القولية إن كان سفهه قد طرأ بعد البلوغ فتصرفاته نافذة بلا إستثناء لعدم جواز الحجر عليه - عنده - أما إذا صاحب السفه البلوغ فإن الحجر يكون من قبيل المحافظة على المال فقط إلى سن معينة وهى الخامسة والعشرون وتصرفاته القولية خلال هذه المدة أى ما بين بلوغه سفيها وبين سن الخامسة والعشرين تكون نافذة وتلزم بعد بلوغه هذا السن ولا يستثنى شىء من تصرفاته مطلقا .

---

(١) كشف الحقائق ٢/٦٨٤

(٢) موسوعة فقه عمر ٣٦٢

وأما عند غير أبي حنيفة من جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان من الحنفية يرى الحجر على السفيه وقد تقدم الكلام في ذلك بأدلته .

ولكن هنا نبرز التصرفات الواقعة من السفيه والضوابط التي تبنى عليها مع بيان المسائل التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء :

يرى الصاحبان أن تصرفات السفيه يسرى عليها مايسرى على الصبي الذي يعقل(١) ولذلك يكون المعيار فيها هو نفس المعيار الذى وضع لتصرفات الصبي فإن كانت نافعة نفعا محضا بحت كقبول الهبة وإن كانت ضارة ضررا محضا فلا تصح مطلقا كهبته لغيره .

وما يدور بين النفع والضرر جعلوا حكمها بالنسبة للصبي موقوفة على إذن الولي فإن أجازها جازت وإلا بطلت أما بالنسبة للسفيه فقد اشترطوا في نفاذها الإذن من القاضي وليس الولي ولكي لا تتسع الدائرة وضعوا ضابطا آخر هو أنه مايكون من هذه التصرفات يحتمل الفسخ ويبطلها الهزل فهو الذي يشترط فيه إذن القاضي(٢)، أو بمعنى آخر أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ويبطلها الهزل يوقف نفاذها على الإذن من القاضي وذلك كبيع السفيه وشرائه وإجارته وأما إذا كانت تدور بين النفع والضرر أو ضارة به ضررا محضا لكن لا يبطلها الهزل حيث يستوى فيها الجد والهزل فهذه تصح مطلقا كالبالغ سواء بسواء(٣) .

---

(١) البدائع ١٧٠/٧

(٢) حاشية ابن عابدين ١٤٨/٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ١٤٩/٦ .

ولما كان من هذه التصرفات مايضر به ضررا محضا وقالا بصحتها كانت إضافة القيد القائل بصحة التصرف الذى يستوى فيه الجد والهزل وإن كان فيه ضرر به فالسبب فى ذلك أن العبارة التى يقع بها التصرف لاتقبل النقض والفسخ وذكرا لهذا صورا على سبيل الحصر .

أما المالكية :

فيرون أن تصرفات السفيه كتصرفات الصبى المميز ويجعلون المقياس فى التصرف هو وجود المعاوضة وعدمه فإن أجرى السفيه التصرف بمعاوضة وكان فيها مصلحة وكان لازما للنفقة فهو متوقف على إذن الولى بتحقق المصلحة فإن أجازه جاز وإلا فلا .

أما إذا أجرى السفيه التصرف بغير معاوضة كالهبة والصدقة فيتعين على الولى رده وإن كان فيه مصلحة، هذا وقد استثنوا مسائل محصورة يفارق فيها السفيه الصبى(١) ومن ثم نجد أن رأى المالكية يقترب من رأى الصاحبين وإن اختلف القياس والضابط .

أما الشافعية :

فقد نصوا على أن تصرفات السفيه غير صحيحة ولو أذن الولى « قالوا : ولايصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا اعتاق وهبة ونكاح بغير إذن الولى(٢) فلو اشترى أو اقترض وقبض وتلف المال عنده

---

(١) المواهب ٥/٦٢ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٣٨/٢

(٢) قال صاحب مغنى المحتاج أن جملة « بغير إذن الولى » هي قيد فى =

فلا ضمان فى الحال ولا بعد فك الحجر سواء علم بحاله من عامله أو جهل »(١) .

وقد أورد فقهاء الشافعية بعض الصور التى تصح فيها تصرفاته وإن لم يأذن فيها الولى وهذه الصورة ذكرت على سبيل الاستثناء حصرا .

وأما الحنابلة :

فلم يضعوا ضابطا ليكون عليه المدار فى تصرفات السفيه القولية وإنما ذكروا صوراً منها ماهو محل اتفاق عندهم وعند سائر الفقهاء و منها ماهو محل خلاف بينهم وبين الفقهاء وهذه المسائل ماهى إلا عبارة عن الاستثناءات التى أوردتها المذاهب الأخرى على تصرفات السفيه القولية (٢) .

وبعد ذلك نذكر هذه الاستثناءات الواردة على مذاهب الفقهاء ونبين آراء الفقهاء فيها :

أولا — طلاق السفيه واقع اتفاقا (٣) وعبارته معتبرة ولم يخالف فى وقوع طلاقه إلا ابن أبى ليلى فقال إن طلاقه لايقع وعلل ذلك بأن البضع

= سائر التصرفات المذكورة وعلى هذا إن أذن الولى جازت كلها وإلا فلا" وقال غيره إن قيد الاذن يعود إلى النكاح فقط وعلى هذا فاذن الولى خاص بالنكاح فانه الذى يصح باذن دون ماقبله ، مغنى المحتاج ١٧١/٢

(١) منهاج الطالبين للنووى ١٧١/٢ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥٢٧/٤ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠

(٣) حاشية ابن عابدين ١٤٨/٦ شرح الدر المختار ٢٣٣/٢ الشرح الصغير بهامش البلغة مغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، ١٣٩/٢ ، ١٤٠ المغنى لابن قدامة ٥٢٧/٤ شرائع الاسلام ٢٠٥/١

يجرى مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال(١) .

ثانيا : الإقرار بالنسب ونفيه :

يجوز للسفيه أن يقرّ بالنسب أو ينفيه بلعان ومتى أقر بالنسب ألحق الولد به لأنه يحقق مصلحة فى حل اسمه وصونا لمائه هذا إتفاقا بين المذاهب(٢) .

هذا وإن كان الشافعية قد قالوا : إن نفقة الولد تكون من بيت المال(٣)، وغير الشافعية جعلوا النفقة فى مال المقر بالنسب لأن النفقة وجبت عليه ضمنا فى الإقرار فكانت كنفقة الزوجة (٤)

ثالثا : النكاح :

بمعنى أنه إذا عقد السفيه نكاحا أو قبله ففى هذه المسألة رأيان :

الأول :

قال به الحنفية (٥) والحنابلة ـ فى مشهور مذهبهم (٦) الذين يرون أن نكاح السفيه يصح مطلقا أذن الولى أو لم يأذن وعللوا ذلك بأن هذا من قبيل العبارات التى لا يؤثر فيها الهزل .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٥٢٧/٤

(٢) مغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، تبيين الحقائق ١٩٦/٥ ، المغنى لابن قدامة ٥٣٠/٤ الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٤٠/٢ ، شرائع الاسلام ٢٠٥/١

(٣) مغنى المحتاج ١٧٢/٢ (٤) المغنى والشرح الكبير ٥٣٠/٤

(٥) حاشية ابن عابدين ١٤٩/٦ (٦) مغنى المحتاج ١٧١/٢

الثاني :

الشافعية(١) والمالكية(٢) وأبو الخطاب من الحنابلة(٣) ، والشيعة الإمامية(٤).

يقولون إنه لا ينعقد ولا يصح إلا إذا أذن الولي وعللوا بأنه يتوقف على إذن الولي لكونه عقداً يوجب مالا لم يصح إلا بإذنه قياساً على الشراء .

رابعاً : « العتق »

بمعنى أنه لو كان للسفيه عبد وأعتقه فهل يصح عتقه أم لا ؟

يرى الشافعية(٥) والمالكية(٦) والمشهور في مذهب الحنابلة(٧) : أنه لا يصح عتقه وإن أذن الولي وعللوا ذلك بأن العتق تصرف في ماله وهو ممنوع منه كسائر التصرفات ، وأيضاً لأن العتق تبرع فصار كالهبة والوقف وأيضاً لأن الحجر على السفيه لحفظ ماله عليه لم يصح عتقه قياساً على الصبي والمجنون(٨).

---

(١) مغنى المحتاج ١٧٢/٢

(٢) المواهب ٦٢/٥ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ١٣٨/٢

(٣) المغنى والشرح الكبير ٥٢٨/٤

(٤) شرائع الاسلام ٢٠٥/١

(٥) مغنى المحتاج ١٧١/٢

(٦) المواهب ٦٢/٥ ،

(٧) المغنى والشرح الكبير ٥٢٨/٤

(٨) المغنى والشرح الكبير ٥٢٨/٤ ،

ويرى الحنفية(١) ورواية أبي الخطاب عن أحمد بن حنبل(٢) :أن عتق السفيه يصح وقد علل الحنفية هذا : بأن عبارة الاعتاق الواقعة من السفيه لا تحتمل الهزل فوقعت صحيحة منذ صدورها منه ولكن بالرغم من أن الحنفية قد قالوا بالاعتاق إلا أنهم اختلفوا في سعاية العبد بالقيمة فرواية تقول بأنه لا يسعى في قيمته وتعليل ذلك: أن العبد لو سعى لكانت السعاية للمعتق والمعتق لا تلزمه السعاية لحق معتقه بحال وإنما تلزمه السعاية لأجل غيره والغير منتف في هذه الحالة (وهو قول أبي يوسف) .

والرواية الأخرى (لمحمد) بأنه تلزمه السعاية ؛ لأن عبارة المعتق لما كانت لا تحتمل الفسخ بحال لعدم تأثير الهزل فيها صحت لأن الحجر على السفيه كالحجر على المريض فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته لأن سعي المعتق في المرض لازم لحق الغرماء والورثة(٣) .

وعللت رواية الحنابلة في هذا الوضع بأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس(٤) .

خامسا « الإقرار بما يوجب الحد والقصاص »

لو أقر السفيه بما يوجب الحد كأن أقر بالزنا أو السرقة أو القذف وغير ذلك من الحدود لزمه الحد بإقراره وكذلك لو أقر بقصاص - أي بما يوجبه - لزمه القصاص ايضا :

---

(١) حاشية ابن عابدين ١٤٨/٦

(٢) المغني والشرح الكبير ٥٢٨/٤

(٣) حاشية ابن عابدين ١٤٨/٦ ، تبيين الحقائق ١٩٦/٥

(٤) المغني والشرح الكبير ٥٢٨/١

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء (١) لأن عبارته معتبرة والتهمة فى حقه منتفية والحجر عليه محافظة على ماله وهذا الإقرار بعيد عن المال حتى لو أقر بالسرقة قطع ولا يلزم برد المال (٢)

وهذا الذى ذكرناه من قبيل الأقوال لأن الإقرار قول وهذا يخالف ما ذكر سابقا فى التصرفات الفعلية بمعنى أنه لو فعل جناية أو أتلف شيئا عوقب بها كما ذكر.

سادسا « الوصية »

لو أوصى السفيه ببعض ماله فهل تصح وصيته أم لا ؟

رأيان فى ذلك :

الأول : رأى الحنفية(٣) والحنابلة(٤) يقولون بجواز الوصية.

وإن كان الحنفية قد اشترطوا أن تكون فى مرض موته وأن يكون فى ثلث ماله وأن يكون فى القرب لله وعللوا ذلك: بأن الحجر وإن كان قد شرع لمصلحته والمحافظة على ماله حتى لا يتلفه ويبقى عالة على غيره هذا فى حياته، لا فيما ينفذ بعد مماته وإنفاذها فى الثلث ليس حال حياته وإنما بعد مماته

---

(١) مغنى المحتاج ١٧٢/٢ ، المغنى الشرح الكبير ٥٢٧/٤ ، التاج والإكليل بهامش المواهب ٦٥/٥ ، البدائع ١٧١/٧ ، شرائع الإسلام ٢٠٥/١

(٢) مغنى المحتاج ١٧٢/٢

(٣) البدائع ١٧١/٧

(٤) المغنى ٥٢٨/٤

وكانت الوصية من أعمال الخير فإنها تحصل له الثواب ولذلك لو كانت لغير فعل الخير فإنها لا تصح(١) .

الثانى « المالكية والشافعية »

يقولون بأن الوصية من السفيه لا تصح وهذا جريا على قواعدهم فعند المالكية يمنعون التصرف القولى فى المعاوضات إلا بما فيه السداد والمصلحة وبإذن الولى وما كان بغير عوض فهو أولى بالمنع(٢) .

وأما الشافعية :

فيمنعون تصرف السفيه أصلا إلا بإذن الولى وليست الوصية مما ذكره فيما يأذن به الولى بل أنهم منعوا السفيه من قبول الوصية فى أحد وجهين عندهم(٣) فما كان فيه تبرع كالوصية فهو أولى بالمنع .

سابعا « العبادات »

يرى الفقهاء أن العبادات من السفيه صحيحة وله أن يؤديها كالرشيد ولذلك تجب الزكاة فى ماله وللولى أن يكلف من يقوم بتوزيعها على مصارفها وله أن يحرم لحجة الإسلام — أى الفريضة — وليس للولى أن يمنعه ويعطيه كفايته من النفقة ويسلمها لثقة(٤) .

---

(١) ابن عابدين ١٤٩/٦ ، البدائع ١٧٦/٧
(٢) المواهب ٤٢/٥
(٣) مغنى المحتاج ١٧١/٢
(٤) البدائع ١٧١/٧ ، مغنى المحتاج ١٧٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥٢٩/٤ ، حاشية ابن عابدين ١٤٩/٦

هذه التصرفات القولية التى ذكرت استثناء على القواعد التى قررها الفقهاء وتميز بها السفيه عن غيره من المحجور عليهم وإن كان بين المسائل المستثناة خلاف بين الفقها، إلا أن هذا الخلاف نشأ بسبب اختلافهم فى الضوابط ضيقا واتساعا ...

خامساً « ذو الغفلة »

الغفلة هى : عدم التذكر ، وهى بهذا المعنى تشمل النسيان وإن شملته بهذا لا يخلو منه إنسان ولكن الأولى إن نقول أن من يتصف بالغفلة هو : الشخص الذى يسهل خداعه بحيث لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة ومن ثم فإنه يغبن فى البياعات ويخدع فى التصرفات .

وعلى هذا فهل تصلح الغفلة لأن تكون سببا للحجر أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك .

الرأى الأول :

يقول بأن الغفلة سبب يدعو إلى الحجر على من اتصف بها وهذا قول أبى يوسف ومحمد من الحنفية١ .

واستدلوا على هذا بما يلى :

يقول الله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما »٢

---

(١) البناية على الهداية ٢٤٣/٨

(٢) سورة النساء رقم ٥

وجه الدلالة :

لما كان ذو الغفلة يتلف ماله ويخدع في بياعاته وشرائه ولا يهتدي إلى التصرف الرابح فيعد مبذرا لماله فيدخل في جملة السفهاء فاستدعى الحجر عليه .

وقياسا على السفيه بجامع أن كلا منهما متلف لماله(١)

الرأى الثانى .

وهو الحنابلة والمالكية وأبى حنيفة(٢)

يقولون بعدم الحجر على ذى الغفلة .

وعلة ذلك :

بأن ذا الغفلة شخص بالغ عاقل رشيد لم يوجد سبب يدعو إلى الحجر عليه(٣) .

وسبب اختلافهم هو هل الغفلة كالسفه أم لا ؟

فمن جعل الغفلة كالسفه تؤدى إلى اتلاف المال وتبذيره فيما لا يفيد قال بالحجر ومن لم يجعل الغفلة كالسفه ورأى أنها أخف منه وطأة وأقل ضررا لأن مجرد المخادعة تختلف من شخص لآخر بسبب كثرة الدهاء وقلته فلم يعدها سببا من أسباب الحجر .

---

(١) البناية على الهداية ٢٥٣/٨

(٢) البدائع ١٧١/٧ ، المغنى ٥٢٢/٤ ، ٥٢٣

(٣) البناية على الهداية ٢٥٢/٨

والراجــح :

أن الغفلة ليست سبباً من أسباب الحجر ولا تؤدى إليه لأنها لو كانت من أهم مظاهرها المخادعة فى المعاملات والغبن فى المبايعات فان من الواضح الصريح أن النبى ﷺ لم يحجر على حبان بن منقذ مع أنه يغبن فى بياعاته ويخدع فى معاملاته ويدل لهذا ما ذكر فى قصته إذ قال له الرسول ﷺ « ... إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام »(١) .

كما أن أبا حنيفة لم يحجر على السفيه الذى طرأ عليه السفه بعد بلوغه رشدا والسفيه أشد ضررا وأكثر تبذيرا من ذى الغفلة فمن باب أولى ألا يحجر على ذى الغفلة(٢) .

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر ٥٤/٦

(٢) البناية على الهداية ٢٢٨/٨ ، البدائع ١٧١/٧

الباب الثالث

الولاية والوصاية

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول (فى الولاية) ويحتوى على :

(تعريفها ، مراتب الأولياء ، شروط الولى ، تصرفات الولى)

الفصل الثانى : فى الوصاية ويحتوى على :

تعريف الوصى ، شروطه ، تصرفاته والفرق بين الوصى والولى ، اختيار الوصى لغيره ، أخذ الأجرة على الوصاية انتهاء الولاية والوصاية .

الفصل الأول

الولاية

تعريف الولاية :

تعريفها لغة هى : المحبة والنصرة وتطلق ويراد منها القرب فتكون بمعنى القرابة(١) .

وفى الاصطلاح :

هى عبارة عن « قيام شخص كبير رشيد على شخص قاصر فى تدبير شئونه الشخصية والمالية »(٢)

والولاية تنقسم إلى قسمين (ولاية على النفس وولاية على المال)

١ ــ الولاية على النفس :

وهى الولاية التى يقوم الولى بموجبها بما يصلح شأن من تحت ولايته : كتأديبه وتعليمه وتزويجه وتشغيله رضى بذلك من تحت ولايته أو لم يرض مادام ذلك يحقق مصلحة المولى عليه .

ويدل لما نقول :

ماروى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه مبينا حق الولى فى تأديب الصغير حيث قال « رحم الله رجلا إنتجر على يتيم بلطمة »(٣) .

---

(١) مختار الصحاح ٧٣٦ ، ٧٣٧

(٢) موسوعة فقه عمر ٦٨٥ ، والتعريفات للجرجانى ٢٣٩

(٣) سنن البيهقى ٦/٢٨٥

وماروى من فعل سيدنا على بن أبى طالب كرم الله وجهه أنه قام بتزويج ابنته أم كلثوم من عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهى صغيرة تحت ولاية أبيها(١) .

٢ - الولاية على المال :

وهى الولاية التى يقوم الولى بموجبها بما يحفظ مال من تحت ولايته وبما ينفعه من عقود وتصرفات ويؤدى ماعلى القاصر من نفقات .

مراتب الأولياء :

لما كانت الولاية أمرا مهما يضطلع به الولى ويهيمن بمقتضاه على من هو تحت ولايته أو على ماله كان لابد من بيان مراتب الأولياء وأيهم يقوم على الآخر وهل يتفق الفقهاء فى ذكر هذه المراتب أو يقع بينهم خلاف ؟

فنقول إنه مامن شك أن كلمة الفقهاء قد اتفقت على أن الأب هو ولى الصبى والمجنون(٢) .

كما اتفقت كلمتهم أيضا على أن ولى السفيه هو الحاكم(٣) - متى كان

---

(١) المرجع السابق ١١٤/٧

(٢) تبيين الحقائق ٢٢٠/٥ ، الشرح الكبير ٢٩٩/٣ ،كشف القناع ٤٤٦/٣ ومغنى المحتاج ١٧٣/٢

(٣) مغنى المحتاج ١٧٠/٢ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢٩٩/٣ ، بدائع الصنائع ١٧٢/٧،١٧٤ ، المغنى ٥٢٦/٤ وانظر الشرح الكبير بأسفل المغنى ٥١٩/٤ ، شرائع الاسلام ٢٠٥/١

سفهه قد طرأ بعد رشده - وقد قيل بأن وليه هو المولى عليه فى صغره وسبب القول الثانى (المروى بصيغة قيل) كما هو عند الشافعية هو هل يعود الحجر بنفسه أو بحكم الحاكم ؟ فمع القول بأن الحجر لم يعد بنفسه بل بحكم الحاكم فلا يكون النظر إلا للحاكم قطعا(١)

ثم اختلفت كلمة الفقهاء فى ترتيب من يلى الأب فى ولايته - بمعنى أن يحل محله عند عدم وجوده وقيام مانع به يمنعه من مباشرة الولاية .

١ - فعند الحنفية(٢) والحنابلة(٣) والمالكية(٤) :

أن الذى يلى الأب هو وصية وإن كان الحنفية والمالكية قد زادوا وصى الوصى واقتصر الحنابلة على وصى الأب فقط .

وأما الجد

فقد أخره الحنفية عن مرتبة وصى وصى الأب وتكون ولاية الجدعند عدمها ولاية شرعية(٥)

بينما يرى المالكية أن الجد ليست له ولاية شرعية إلا إذا أوصى الأب على قيامه وصيا أو جرى العرف بأن يتولى الجد أمر القاصر عند عدم

---

(١) مغنى المحتاج ١٧١/٢

(٢) حاشية ابن عابدين ١٧٤/٦

(٣) المغنى لابن قدامة ٥٢٦/٤ ، كشاف القناع ٤٤٧/٣

(٤) الشرح الكبير ٢٩٢/٣

(٥) حاشية ابن عابدين ١٧٤/٦ ، الزيلعى ٢٢٠/٥

النص على وصى معين فيالومات الأب ولم يوص وولاية الجد عند المالكية لاتكون بقوة الشرع بل بوصية الأب عن طريق النص الصريح أوجريان العرف بذلك(١) .

ووافق الحنابلة(٢) المالكية فى إسقاط الجد ولم يتقيدوا بالحالتين اللتين ذكرهما المالكية … وإنما جعلوا الولاية تنتقل من وصى الأب إلى الحاكم مباشرة عند عدمهما وعللوا إسقاط الجد من الولاية بكونه لا يدلى بنفسه إلى الصغير وإنما يدلى بالأب فصار كالأخ والأم وسائر العصبات(٣) ، أما الوصى فهو نائب الأب فأشبه وكيله فى الحياة(٤) .

وإن كان الحنفية لايجعلون الولاية تنتقل إلى الحاكم إلا بعد فقد الجد ووصيه(٥) .

٢ — وعند الشافعية(٦) والشيعة الإمامية(٧) : أن الولاية تكون للأب ثم للجد ثم الوصى أى لوصى من تأخر موته منهما فإن لم يكن وصي انتقل النظر إلى الحاكم .

---

(١) الشرح الكبير ٣/٣٠٠ - ٣٠١
(٢) كشاف القناع ٣/٤٤٧ - المغنى ٤/٥٢٦
(٣) كشاف القناع ٣/٤٤٧
(٤) المرجع السابق
(٥) حاشية ابن عابدين ٦/١٧٤ ، تبيين الحقائق ٥/٢٢٠
(٦) المهذب ١/٣٢٨ ، مغنى المحتاج ٢/١٧٣

أما ولاية الأم :

فلم يقل بها الحنفية(١) والحنابلة(٢) والمعتمد لدى المذهب الشافعي(٣) وكذلك الشيعة الإمامية (٤)

وأما المالكية : فقد تركوا توليتها إلا في حالة النص على توليتها أو جريان العرف بذلك (٥)

وقال أبو سعيد الأصطخري : إن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فتثبت لها الولاية في المال كالأب(٦)

والحاصل أن الأحناف يرتبون الولاة على النحو الآتي :

تثبت الولاية للأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد الصحيح وإن علا ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي أو وصيه (٧)

أما المالكية والحنابلة (٨) فترتيب الولاية عندهما :

تثبت الولاية للأب ثم وصيه ثم الحاكم عند عدمهما .

---

(١) حاشيه ابن عابدين ١٧٤/٦ ، الزيلعي ٢٢٠/٥
(٢) كشاف القناع ٤٤٧/٣
(٣) مغنى المحتاج ١٧٤/٢
(٤) شرائع الاسلام ٢٠٥/١
(٥) الشرح الكبير ٣٠٠/٢ — ٣٠١
(٦) المهذب ٣٢٨/١ ، مغني المحتاج ١٧٤/٢
(٧) حاشية ابن عابدين ١٧٤/٦
(٨) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢٩٩/٣ — ٣٠٠ ، المغني لابن قدامة ٥٢٦/٤ ، كشاف القناع ٤٤٧/٣

والفرق بينهم وبين الحنفية إسقاط الجد ووصيه

أما الشافعية والشيعة الإمامية فيقولون إن ترتيب الولاية كالآتى :

الأب ثم الجد ثم الوصى عندهما فان لم يوجد انظر الحاكم (١)

والفرق أن الشافعية يوافقون الحنفية فى اعتبار الجد وإن كانوا يجعلون ولاية الجد بعد الأب مباشرة فيقدمونه على وصى الأب

أما الأحناف فيجعلون ولاية الجد بعد وصى الأب أو وصى وصيه

وهذا بخلاف الولاية فى النكاح لأن الولاية فى النكاح تقتضى ترتيبا آخر حيث إنها تعتبر ولاية على النفس (٢)

---

(١) مغنى المحتاج ١٧٣/٢ ، المهذب ٢٢٨/١ ، شرائع الاسلام ٢٠٥/١

(٢) وترتيبها فى النكاح على النحو التالى ، الأب ثم الجد أب الأب وكذلك الأجداد وإن علوا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم أولادهم ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب وكذلك أولادهم على هذا الترتيب ثم عم الأب الشقيق ثم عم الأب لأب وأولادهم على هذا الترتيب ثم عم الجد الشقيق ثم عم الجد لأب وكذلك أولادهم .

هذا ويلاحظ أنه إن كانت المنكوحة بها جنون ولها أب وابن فالولاية للابن عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد .

انظر أحكام الصغار والصغائر بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ٣٠

شروط الولى:

يشترط فى الولى ما يأتى :

(١) الإسلام :

يشترط فى الولى أن يكون مسلما(١) لا سيما إذا كان المولى عليه مسلما فلا ولاية للكافر لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (٢)

فإن كان المولى عليه كافرا جاز أن يكون وليه كافرا لما بينهما من اتحاد فى الدين هذا فى حالة ترافعهم إلى القاضى المسلم فان ترافعوا لم تجز الولاية بل يولى المسلم الأمر(٣) وأقول هذا خاص بما ترافعوا فيه وأما غيره من التصرفات الأخرى فتبقى ولاية الكافر على الكافر لأن الكفر لا يقدح فى الشفقة الباعثة على تحصيل النظر فى حق المولى عليه (٤)

٢ - التكليف

فلا تثبت الولاية لصبى ولا مجنون لأن الصبى فى عقله قصور وربما لا يستطيع التمييز بين الضار والنافع والمجنون معدوم العقل وفاقد الشىء لا يعطيه (٥) ولأنه لا تكليف على صبى ولا مجنون .

---

(١) كشاف القناع ٤٤٧/٣ ، نزهة الأرواح بهامش بهجة المشتاق لأحكام الطلاق /٣٢

(٢) النساء ١٤١

(٣) مغنى المحتاج ١٧٣/٢

(٤) البدائع ٢٣٩/٢

(٥) كشاف القناع ٤٤٦/٣ ، السراج الوهاج ٣٤٥ ، البدائع ٢٣٩/٢

٣ ــ الحرية :

يشترط في الولي أن يكون حرا فلا تجوز تولية العبد لأنه لا يملك أمر نفسه فمن باب أولى لا يلي شئون غيره (١)

٤ ــ لزوم الترتيب :

فلا يتولى الولي الأبعد درجة مع وجود الأقرب إلا إذا كان الأقرب به مانع يمنعه من الولاية بأن كان الأقرب سفيها أو معتوها أو مجنونا ... إلى غير ذلك من الأعذار التي تمنع الولاية (٢)

٥ - الرشد :

بمعنى ألا يثبت سوء تصرفه لأن الرشد ــ كما سبق ــ هو الصلاحية في المال فإن ثبت سوء تصرفه بطلت ولايته (٣)

٦ ــ العدالة :

العدالة قد اشترطها الحنابلة والمالكية والمعتمد لدى الشافعية (٤) لأن تفويض الولاية لغير من لم تتوافر فيه العدالة تضييع للمال .

وأما الحنفية ورواية لدى الشافعية فإنهم لم يشترطوا العدالة (٥) بل

---

(١) كشاف القناع ٤٤٦/٣ ، السراج الوهاج ٢٤٥

(٢) نزهة الأرواح بهامش بهجة المشتاق ٣٣

(٣) كشاف القناع ٤٤٦/٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٩٩/٣ ، السراج الوهاج ٢٤٥ ، نزهة الأرواح بهامش بهجة المشتاق ٣٣

(٤) كشاف القناع ٤٤٦/٣ ، قوانين الأحكام لابن جزى ٢٣٧ ، مغني المحتاج ١٧٣/٢ ، السراج الوهاج ٢٤٥

(٥) البدائع ٢٣٩/٢

أجازوا تولية الفاسق لأن الفسق لا يتنافى مع الولاية حيث إن الولاية للنظر والفسق لا يقدح فى القدرة على تحصيل النظر ولا فيما يدعو إليه وهو الشفقة ولأن فسقه لا يمنع ولايته على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره (١)

تصرفات الولى :

لما كان الولى يقوم بالتصرف فى مال اليتيم أو المحجور عليه بصفة عامة كانت هناك أمور لا بد من مراعاتها فى هذه التصرفات التى يقوم باجرائها .

أولا : يتصرف بما فيه تحقيق المصلحة للمولى عليه وتحقيق المصلحة بمعنى أن تكون المصلحة فيه أوضح من المفسدة أو لا مفسدة فيه أصلا وذلك لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن »(٢)

وقوله تعالى « ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » (٣)

ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »(٤)

---

(١) المرجع السابق
(٢) الأنعام ١٥٢
(٣) البقرة ٢٢٠
(٤) الحديث رواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى ونصه « لا ضرر ولا ضرار من ضر ضره الله ومن شاق شق الله عليه » الدارقطنى ٣/٧٧

فإن تصرف الولى تصرفا لاحظ فيه المحجور عليه بمعنى أنه يعتبر بالنسبة للمحجور عليه ضارا ضررا محضـا فإنه يعتبر تصرفا باطلا ومثال ذلك التبرعات والعتق والمحاباة فإن هذه الأمور كلها لا تصح من الولى لأنها تضر بمال المحجور عليه(١) .

فإن كانت التصرفات نافعة نفعا محضا جاز للولى أن يقوم بها لأنها تحقق للمحجور عليه مصلحة محضة مثل قبول الهبات وغيرها من التبرعات وانتقال المال إليه بوسيلة أو بأخرى لأن فى ذلك إثراء الذمة المحجور عليه .

وأما التصرفات التى تدور بين النفـع والضرر فالملاحظ أن إجازتها تتوقف على مدى ظهور المصلحة أو رجحانها على المفسدة أو إن كانت هناك مفسدة لا تعد ظاهرة أو لا يعتد بها لأن هناك من المفاسد مالابد من تحملها حتى بالنسبة للمحجور عليه وأبرز مثال لما ظهرت فيه المفسدة : دفع بعض المال المملوك للمحجور عليه لإنقاذ الأكثر من هذا المال وهذا جائز لما حدث من خرق الخضر للسفينة فانه خرقها لإنقاذها من يد الملك الغاصب(٢) .

ولذلك سنحاول أن نذكر بعض التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ويقاس غيرها عليها لأنها كثيرة نعجز عن حصرها .

---

(١) الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٥١٩ كشاف القناع ٢/٤٤٧ مغنى المحتاج ٢/١٧٤ هامش كتاب جامع الفصولين جـ ٢/١٣

(٢) مغنى المحتاج ٢/١٧٤

ومن هذه الأمثلة :

١ ـ مسألة إجازة مال المحجور عليه .

يجوز للولى تأجير مال المحجور عليه منقولا كان أو عقارا ويشترط أن تكون الأجارة بأجرة المثل كما يشترط فى العقار أن تكون المدة معقولة فان طالت المدة لم تصح الأجارة حتى لا يتوهم انتقال ملكية العقار لطول المدة بل قالوا إنه يجوز تأجير اليتامى ـ المحجور عليهم ـ إذا كان بأجر المثل لا بأقل منه(١) .

٢ ـ وأيضا :

يجوز الاتجار فى مال المحجور عليه أى بالبيع والشراء بشرط ظهور المصلحة كما تقدم .

وله أن يدفع المال مضاربة بقدر معلوم من الربح وله أن يسافر به متى دعت ضرورة التجارة لذلك بشرط أن يكون المكان المنتقل منه وإليه أمينا حتى لا يتعرض المال للضياع وفائدة الاتجار أنه يغل ربحا من الربح ينفق منه المحجور عليه مع بقاء أمواله محفوظة له وهذا لم يعارض فيه أحد من الفقهاء(٢) .

---

(١) جامع الفصولين ١٢/٢

(٢) جامع الفصولين ١٢/٢ ، كشاف القناع ٤٤٩/٣ الشرح الصغير بهامش البلغة ١٤٠/٢ الشرح الكبير باسفل المغنى ٥٢٠/٤ - ٥٢١ ، مغنى المحتاج ١٧٤/٢

٣ - بيع مال المحجور عليه .

مال المحجور عليه إما أن يكون عقارا وإما أن يكون منقولا .

(أ) إن كان المال عقارا :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع عقار المحجور عليه مادام لا يحقق مصلحة للمحجور عليه(١) وكان له مال يستطيع منه الانفاق عليه أو كان هناك منقول يمكن أن يستعاض ببيعه عن بيع العقار وسبب ذلك أن العقار شيء معمر يمكن المحافظة عليه وبالمحافظة عليه تتحقق المصلحة للمحجور عليه

ولذلك فإن العقار لا يتسارع إليه الفساد ولا يمكن أن يتطرق إليه التلف غالبا وهو مال معمر يمكن أن يغل للمحجور عليه ريعا .

ولكن الفقهاء قد اتفقوا على جواز بيع العقار في حالات ربما ضاقت عند البعض واتسعت عند البعض الآخر حسب الضوابط التي اعتمد عليها كل مذهب وهو فيما يكون محققا لمصلحة المحجور عليه ونفعه(٢) .

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩٠ ، الشرح الكبير بأسفل المغني ٤/٥٢٤ الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/١٤٠ مغني المحتاج ٢/١٧٥ والتاج والاكليل بهامش المواهب ٥/٧١

(٢) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩٠ ، الشرح الكبير بأسفل المغني ٤/٥٢٤ الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/١٤٠ ، مغني المحتاج ٢/١٧٥

فعند الحنابلة :

قالوا : يجوز بيع عقار المحجور عليه إذا كان بيعه أحظ للمحجور ويحقق له مصلحة ظاهرة بأن كان فى عدم البيع تفويت للمصلحة(١) .

وقد وافق على هذا المالكية والشافعية والحنفية(٢)

ولم يقتصر الأمر على هذا الضابط بل يجوز بيع العقار إذا كان المحجور عليه فى حاجة إلى بيعه كأن يكون لا مال له غير العقار ويريد الولى الأنفاق عليه من ثمنه أو كان بيع العقار لضرورة كما لو وجد العقار يحتمل خرابه اتنحى الأبنية عنه أو بأن كان العقار أخفى عليه الذى أخفى على لبدفتسارع إليه التلف بأن تقررت إزالته بموجب حكم صادر من قبل القضاء أو قيام احتمال نزع ملكيته للمنفعة العامة .

وضابط الاحظ وما يكون منفعة للمحجور عليه هو ضابط عام يتسع فيشمل العقار الواقع بين شريكين أحدهما المحجور عليه وأراد شريكه بيع حصته الشائعة فى العقار الذى لا يقبـــل القسمة فبيع العقار كله هذا يحقق مصلحة للمحجور عليه .

أما لو كان العقار يقبل القسمة بلا تلف فعدم بيعه أولى .

وكذلك يجوز بيع العقار إذا قل ريعه وكثر الانفاق عليه بلا طائل أو إذا كان العقار فى بلد آخر ويكلفه مؤنة ومشقة فإنه يجوز بيعه .

---

(١) الشرح الكبير بأسفل ٥٢٤/٤

(٢) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١٩٠/١ ، مغنى المحتاج ١٧٥/٢ الشرح الصغير بهامش البلغة ١٤٠/٢

فيجوز بيع العقار فيما لو كان بيعه يحقق غبطة بأن يباع العقار الذى يساوى مائة بمائتين مثلا(١) .

وهذه الأمور كلها وما يساويها قدر مشترك بين الفقهاء .

وإن كان الحنفية قد رأوا فى بائع العقار ـ وهو الولى ـ أما أن يكون ظاهر الصلاح أو مستور الحال أو مفسدا فجعلوا لظاهر الصلاح ومستور الحال بيع العقار بمثل قيمته أو بغبن يسير إن كان البائع وليا وكان هو الأب أما إذا كان مفسدا فلا يجوز له البيع إلا بضعف القيمة(٢)

أما شراء العقار للمحجور عليه .

فان الولى إذا رأى المصلحة فى بيع العقار وشراء غيره ليحل محله فانه جائز لأن فى الشراء تحقيق مصلحة المحجور عليه بأن يكون عقار القاصر مجاورا لجار سوء أو خوف خرابه أو كان العقار المشترى فيه غبطة بأن اشترى ما يساوى ثلاثمائة بمائتين(٣).

(ب) إن كان المال منقولا :

فيجوز للولى بيعه اتفاقا شريطة أن يكون المحجور عليه فى حاجة إلى بيعه لسداد نفقته أو نفقة من تلزمه نفقتهم أو كان بيع المال المنقول فيه

---

(١) الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٥٢٥ أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٨٩ مغنى المحتاج ٢/١٧٥ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/١٠٤

(٢) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩٠ - ١٩١

(٣) والشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٢٥ ، أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩٥ مغنى المحتاج ٢/١٧٢

خبطة ظاهرة أو كان مما يتسارع إليه التلف وعند البيع يقدم بيع ما يتسارع إليه التلف غيره(١).

٤ ــ أقراض مال المحجور عليه .

القاعدة أنه لا يجوز إقراض مال المحجور عليه إلا إذا كان في إقراض ماله تحقيق مصلحة المحجور عليه .

وإن كان لا بد من القرض بأن كان للمحجور عليه مال في بلد آخر ولو حمله وليه من هذا البلد يخشى الضياع فعندئذ يكون إقراضه فيه مصلحة لعدم إمكان ضياعه لأن المقترض يقوم بتسليم المال الذى إقترضه فى البلد الذى يقيم به المحجور عليه .

و كذلك إذا أراد الولى أن يسافر إلى بلد آخر فله أن يقرض أموال المحجور عليه لأن القرض أولى من الوديعة لأن الوديعة أمانة والقرض مضمون بشرط أن يمكنه ذلك فان لم يمكنه أودع المال .

ويشترط فى حالة القرض أن يكون المقترض مليئا وأمينا هذا كله إذا كان المقترض الولى .

أما إذا كان المقرض هو القاضى فانه جائز مطلقا لاختلاف القاضى عن الولى حيث إنه ينشغل بمصالح الناس جميعا كما أنه أسرع من الولى فى

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩١، مغنى المحتاج ٢/١٧٥ الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/١٤١

أستيفاء القرض ممن اقترضه(١) .

٥ – رهن مال المحجور عليه :

يجوز للولى أن يرهن مال محجوره إذا كان فى رهنه مصلحة له بل إن رهن ماله أولى من بيعه لأن البيع يفوت عليه المبيع أما الرهن فلا يفوت عليه المال المرهون بعد سداد الدين المضمون أما إذا كان الرهن لغير مصلحة تتحقق للمحجور فلا يصح بل زاد الفقهاء أن الولى إن كان أبا أن يقوم برهن مال محجوره فى دين على الأب نفسه وإن بيع المال المرهون قام الولى بسداد ثمنه(٢) .

وهذه الأمثلة التى ذكرت ما هى إلا نماذج لتصرفات الولى الدائرة بين النفع والضرر وقد تبين من خلالها ما يأتى :

(أ) إنها مبنية على تحقيق المصلحة للمحجور عليه .

(ب) الهدف منها المحافظة على مال المحجور عليه .

(جـ) تحقيق المنفعة ما أمكن .

هذا وإن كان هناك غبن يسير تحت هذه التصرفات لأن العبرة بظهور المصلحة وغلبتها على المفسدة لأنه لا يمكن دفع المفاسد أصلا من كل الوجوه فتكون العبرة فى التصرف برجحان المصلحة على المفسدة .

---

(١) جامع الفصولين ٢/١٤ ، الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٥٢٢ مغنى المحتاج ٢/١٧٥

(٢) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/٢٦١ ، مغنى المحتاج ٢/١٧٥ مواهب الجليل ٥/٧٠

الفصل الثانى

الوصى

تعريف الوصى :

الوصى هو الشخص الذى يختاره الولى أبا كان أو جدا أو يختاره القاضى ليتولى أمور المحجور عليه وينوب عن الذى اختاره فى التصرف(١) .

شروط الوصى :

يشترط فى الوصى مايشترط فى الولى(٢) لأن الولى هو الذى يقوم باختيار الوصى ، فيكون الوصى إمتدادا له ، ولأن الولى شديد الشفقة لاتصافه بالمحجور عليه إن كان أبا أو جدا وهذا على الخلاف المتقدم فى اعتبار الجد وعدمه وتقدم وصى الأب عليه وكذا وصى وصيه بل إن من الفقهاء من لا يعتبر ولاية الجد أصلا وقد ذكرنا ذلك سابقا فلا نعيده .

ولذلك يراعى فى الوصى مايراعى فى الولى من شروط(٣)

---

(١) مغنى المحتاج ٧٣/٣ ، المغنى لابن قدامة ١٤١/٦

تبيين الحقائق ٢٠٦/٦ ، راجع كتابنا مذاهب الفقهاء فى عقد الايصاء طبع مطبعة الأمانة ١٩٨٦ - القاهرة ، ابن عابدين ١٧٤/٦

(٢) انظر شروط الولى فيما سبق

(٣) راجع كتابنا فى شروط الوصى

تصرفات الوصى :

لما كان الوصى كالوصى ويعد إمتداداً له فتكون تصرفاته إمتدادا للولى ولذلك إما أن تكون تصرفاته نافعة نفعا محضا أو ضارة ضرراً محضا أو دائرة بين النفع والضرر .

فإن كانت نافعة نفعا محضا :

نفذت لأن فيها للمحجور عليه مصلحة وليس فيها أى مفسدة كقبول الهبة والصدقة وغيرها .

وإن كانت التصرفات ضارة ضررا محضا :

منعت مطلقا لأنها لم تجز للولى الذى هو ألصق بالمحجور عليه وأكثر شفقة عليه فمن باب أولى ألا تجوز لنائبه (وهو الوصى)
والعبرة أساسا فى التصرفات تحقيق المصلحة للمحجور عليه لذلك بطلت هذه التصرفات الضارة ضررا محضا .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :
فإنه يتصرف كما يتصرف الولى بشرط تحقيق المصلحة وظهور المنفعة بل إن ظهور المنفعة فى تصرفاته لابد أن تكون أبرز من المنفعة فى تصرفات الولى لأنه أبعد من الولى قرابة وأقل منه شفقة ومن ثم كان ظهور المنفعة فى تصرفاته أمرا ضروريا لأن تحقيق مجرد المنفعة ربما يؤدى إلى اتهامه بالميل والانحراف ، كما أن التصرفات التى يجريها الوصى كتصرفات الولى سواء بسواء إلا ماسنبينه من فروق بينهما كما سيجىء .

ومن هذا يتضح أن للوصي التأجير لعقار المحجور عليه، وإن كان يشترط في تأجيره ألا تطول مــدة الإجارة والأولى أن تجدد كل عام حتى ما إذا رشد المحجور عليه استطاع أن يأخذها فلا يكون مرتبطا بمدة طويلة وله أيضا : بيع ماله بمثل القيمة ولا يجوز بغبن ولو كان يسيرا .

ونستطيع القول بعد ذلك أن كل تصرف يجريه الولي يستطيع الوصي أن يجريه إلا أن هناك بعض التصرفات يفترق فيها الولي عن الوصي بمعنى أن للولي أن يفعلها وليس للوصي فعلهــا وسبب ذلك أن دائرة التصرفات لدى الولي أوسع منها عنــد الوصي ولأن شفقة الولي مفروضة وكثيرة وأيضا لأن الولي ليس موضع اتهــام ولا شك إلا إذا ثبت على ذلك .

وهــذه التصرفات التي يفترق فيها الولي عن الوصي نذكرها على النحو التالي :

١ ــ الولي إن كان أبا يجوز له أن يبيع عقار المحجور عليه إذا لم يكن فيه غبن فاحش ويكون هذا البيع لازما الا اذا رأى القاضي أن في البيع ـ ولو من غير غبن ـ ضررا بالصغير .

وإن كان الأحناف قد جعلوا بيع الأب جائز ولازم في حالتين :

(أ) إذا كان محمود السيرة .

(ب) إذا كان مستور الحال(١) .

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١/١٩٠ - ٢٩١ ، ابن عابدين ٦/٧١٠

وفى الحالتين جوزوه مع الغبن اليسير للأب .

أما الوصى : فلا يجوز له بيع عقار المحجور عليه . هـذا هو الأصل واستثناء من هذه القاعدة يجوز له البيع بأحد أمرين :

الأول: أن يكون فى البيع نفع ظاهر للمحجور عليه(١) .

الثانى : وجود مسوغ للبيع ، وقد ذكر الفقهاء مسوغات البيع اذكر منها مايلى :

(ا) إذا احتاج القاصر إلى النفقه ولم يكن له مال ينفق منه ولا عروض أو منقولات يمكن بيعها والإنفاق من ثمنها .

(ب) إذا حلت الديون على المحجور عليه ووجب سدادها ولا يوجد مال تسدد منه هذه الديون ولا منقول يباع لسدادها .

(جـ) إذا كان العقار مغصوبا وأراد الغاصب دفع ثمنه ولم يكن هناك وسيلة لاسترداده .

(د) إذا كان إيراد العقار ضئيلا لا يكفى لتسديد نفقاته(٢) .

(هـ) إذا كان العقار يخشى عليه من النقصان أو الضياع كالأراضى المجاورة للبحار والأنهار وتتعرض لطغيان المياه عليها .

وإن كان المالكية يفهم من كلامهم جواز بيع الوصى لعقار المحجور

---

(١) وهو أن يبيع العقار بضعف قيمته

(٢) فيما لو كانت نفقات العقار أى المؤن التى يطلبها العقار لإنتاج ريعه أكثر من الريع الناتج عنه .

عليه كالأب إلا أنهم اختلفوا فى حالة كون الوصى هو البائع فهل يطالب بإقامة البينة على المسوغ الذى دفعه إلى البيع أو عدم مطالبته قولان عندهم أوجههما أنه يطالب لأن المطالبة هى محل التفرقة بين الوصى والولى لأن الولى لا يطالب بإقامة البينة على السبب الذى دعا إلى بيع العقار، أما الوصى فانه يطالب بالبينة على وجود السبب (١)

٢ ـ الأب والجد(٢) يجوز لهما أن يبيعا للقاصر ويشتريا منه العقار والمنقول بمثل القيمة وبالغبن اليسير وأن يتوليا طرفا العقد .

أما الوصى فليس له بيع العقار عند محمد (من الحنفية) لعدم وجود شفقته .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز ذلك منه بشرط الخيرية الظاهرة(٣) وبقولهما قال المالكية .

أما من ناحية العقد فليس الوصى أن يتولى طرفى العقد إجماعا بخلاف الأب والجد.

---

(١) حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير ٢٩٩/٣ ، ٣٠٠

(٢) عند من يرى ولاية الجد وعند من لا يرى ولاية الجد فتكون التفرقة بين الأب والوصى كما سبق ذكره

(٣) وتفسير الخيرية أن يشترى منه العقار بضعف قيمته ويبيعه له بنصف الثمن وأن يشترى منه المنقول بقيمته ونصفها ويبيعه له بثلثى القيمة. وأحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ١٩١/١ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٠٠/٣

٣ - الأب والجد يجوز لهما البيع والشراء من القريب ولو كان ممن لا تقبل شهادتهم له وبالعكس ، بشرط ألا يكون فى البيع غبن فاحش وكذلك فمثل القيمة والغبن اليسير لا غبار عليه أما الوصى فلا يجوز له البيع لمال المحجور عليه لمن لا تقبل شهادته لهولا الشراء منه إلا بالخيرية الظاهرة فمجرد الغبن اليسير مانع من بيع الوصى و كذلك البيع بمثل القيمة

٤ - يجوز للأب أن يرهن ماله الصغير فى دين للصغير ، ويجوز له أن يرتهن مال الصغير فى دين له على الصغير (١)

أما الوصى : فلا يجوز له شىء من ذلك « وعند الحنفية يسوون بينه وبين الأب »(٢)

وعند الحنابلة : ليس لغير الأب من الأولياء والأوصياء أن يرهن مال المحجور عليه(٣)

---

(١) ففى الأول يكون الصغير مرتهنا والثانى يكون راهنا

(٢) فالحنفية يسوون بين الولى والوصى فى جواز رهن مال اليتيم أى المحجور عليه ويعللون ذلك بأن الرهن انظر لصلحة الصغير إذ أن حفظ المرتهن للشىء المرهون أمر يكلف به المرتهن فيكون أحفظ من الولى ومن الصغير ومن الوصى

ورواية أبى يوسف وزفر تمنع الولى والوصى من رهن مال اليتيم وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايصاء - أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ٢٦١/١ وجامع الفصولين ١٤/٢

(٣) لأن التهمة بين الولد ووالده منفية إذ من طبع الأب الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه ولهذا فارق الوصى والحاكم انظر كشاف القناع ٤٨٨/٣

● ـ قضاء الدين من مال المحجور عليه :

فللأب أن يقضى دينه من مال المحجور عليه ـ الصغير ـ وليس ذلك الوصى :

وعلة ذلك : إن قضاء الأب دينه من مال الصغير بمنزلة بيع ماله والأب يملك البيع بمثل القيمة بخلاف الوصى فانه ليس له أن يبيع مال الصغير إلا لحاجته أو لظهور الخير للصغير وقد تقدم هذا (١)

٦ ـ الضمان فى حالة هلاك المرهون :

تقدم عند الحنفية جواز رهن الأب والوصى لمال اليتيم إلا أنه يفرق بينهما ـ أى بين الولى والوصى عند هلاك المرهون فى قضاء دينهما فقد جعلوا الأب يضمن مقدار الدين فقط فلو كان الدين مائة وقيمة المرهون أكثر من ذلك لا يضمن الولى إلا مقدار الدين فقط لا مازاد فى قيمته(٢) وإن كان الحنابلة يرون عدم ضمان الولى أصلا فى حالة هلاكه لأن الظاهر السلامة قياسا على القرض والوديعة فى هلاكهما لاضمان (٣)

أما الوصى : فعند هلاك المرهون فى قضاء دينة يضمن قيمة المرهون بالغة ما بلغت إذ ليس الوصى بيع مال المحجور عليه إلا المصلحة أو المنفعة أو غير ذلك مما ذكر ورهن الوصى لمال المحجور عليه فى دينه ليس من

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ٢٦١/١
(٢) أحكام الصغار ٢٦٢/١
(٣) كشاف القناع ٤٤٩/٣ ـ ٤٥٠

الدواعي المذكورة للبيع فيضمن بما ذكر (١)

هل للوصى أن يوصى لغيره أم لا ؟

الوصى المختار له أن يوصى إلى غيره ، فاذا أوصى إلى غيره كان وصيا وذلك لأنه خليفة الأب والجد ، وله أن ينقل هذه الخلافة الى غيره . وبهذا قال الحنفية (٢)

أما عند الشافعية :

فالوصى لا يخرج عن حالتين :

الأولى : عدم الإذن له فى تعيين وصى غيره فى هذه الحالة لا يجوز له تعيين غيره قولا واحدا ... لأن من أوصى له رضى برأيه هو دون غيره فلا يصح أن يوصى إلى غيره .

الثانية : أن يؤذن له فى تعيين غيره فى هذه الحالة ورد للشافعية قولان هما :

(أ) الأظهر : جواز أن يوصِى إلى غيره

(ب) مقابل الأظهر : أنه لا يجوز له تعيين غيره وعلل بما ذكر فى حالة عدم الإذن .

أما دليل القول الأظهر :

فهو القياس على الوكيل إذ له أن يوكل بإذن عام أو خاص بجامع جواز إقامة الغير فى كل منهما (٢)

---

(١) أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين ٢/٢٦٢

(٢) السراج الوهاج ٣٤٦ ، المهذب ١/٤٦٤

واستدل الحنفية على القول بجواز أن يوصي إلى غيره بما يلي :

أن الولاية قد انتقلت إليه بالخلافة عن الولي فيصح أن يوصي بها إلى غيره وقد كان للولي ولاية في أمواله وأموال القاصر فمن يخلفه في الولاية يكون وصيا في تركته وفي أموال القاصر الذي آلت ولايتها - التركة - إليه وبما أن الأصل في الوصي الأمانة فمن متطلباتها أن يستمر على ولايته مادام عدلا قادرا على القيام بشئون المحجور عليه ومن متطلباتها أيضا إن عجز عن القيام بشئون المحجور عليه أن يعين وصيا غيره ليقوم بشئون المحجور عليه ويحل محله ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بالإجازة للوصي أن يوصي إلى غيره .

وإن لم يقم الوصي بتعيين غيره حالة عجزه تعنتا كان القاضي أن يقوم بضم غيره إليه ليعينه أو يعزله وتعيين غيره .

ويدل لما نقول ما ذكر أن مراتب الأوصياء ثلاثة :

١ - وصي مأمون على ما أوصى به إليه مضطلع للقيام به فلا يجوز للقاضي أن يعترض عليه

٢ - ووصي مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم بمن يعاونه

٣ - وصي غير أمين ومخوف على ما أوصى فيه فإن القاضي يخرجه ويعين غيره (١)

استحقاق الأجر على الولاية والوصاية

اتفق الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على أن الولي إن كان

---

(١) تبيين الحقائق ٦/٢٠٩

أما لا أجر له(١) إلا إذا كان محتاجا فعندئذ يأكل بقدر حاجته ولا يضمن رد قيمة ما أكل لأن الأب بمقتضى الأصل وإن لم يعمل لولده شيئا واحتاج ماله أخذه لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولأن نفقة الأب واجبة على الابن إذا كان الأب معسرا والابن موسرا .

أما غير الأب من الأولياء فيأخذ قدر النفقة فحسب(٢) .

أما الوصي :

فيرى الحنفية أنه لا يأكل من مال الموصى عليه فإنه إن كان غنيا فلا يستحق شيئا عند الفقهاء لقوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف »(٣)(٤) على أن الأمر في الاستعفاف للوجوب ولو كان الوصي محتاجا إلا إذا كانت له أجرة مشروطة فيأكل بقدرها(٥) .

وعند الشافعية والحنابلة والمالكية وقول الشيعة الإمامية :

أن الوصي إن كان فقيرا له أن يأخذ الأقل من أجرة المثل أو قدر كفايته لاستحقاقه بالعمل والحاجة فإن لم يعمل فلا يستحق شيئا وإن لم يكن محتاجا

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٧١٢ ، جامع الفصولين ٢/١٤ مغني المحتاج ٢/١٧٦ كشاف القناع ٣/٤٥٥ ، القرطبي ٥/٤١-٤٢

(٢) مغني المحتاج ٢/١٧٦

(٣) الآية ٦ من سورة النساء

(٤) جامع الفصولين ٢/١٤ ، حاشية ابن عابدين ٦/٧١٢ مغني المحتاج ٢/١٧٦ كشاف القناع ٣/٤٥٥ ، القرطبي ٥/٤١ - ٤٢

(٥) جامع الفصولين ٢/١٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/١٣ ١

فلا شيء له وإن عمل(١) .

وعند الشيعة الإمامية قولان :

الأول : إنه يأخذ أجرة المثل (وهو الأظهر عندهم)

الثاني : قيل أنه يأخذ قدر كفايته(٢)

وقال القرطبي في الجامع لأحكام القرآن في رواية عن مجاهد إن الوصي لا يستحق شيئا غنيا كان أو فقيراً ولا يأخذ شيئا ولو بطريق الاقتراض ولو كان محتاجا .

واستدل لهذا الرأي :

بأن قوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف »(٣) منسوخ بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٤) والقيام بالوصية من جانب الوصي ليس بتجارة فينعدم فيها التراضي(٥) .

والراجح لدينا :

أن الوصي إذا كان غير القاضي أو نائبه يستحق الأجر مطلقا غنيا كان

---

(١) مغنى المحتاج ١٧٦/٢ كشاف القناع ٤٥٥/٢ القرطبي ٤١/٥-٤٢ شرائع الاسلام ٣٦٥/٢

(٢) شرائع الاسلام ٢٦٥/١ المختصر النافع ١٨٩

(٣) سورة النساء آية ٦

(٤) « « آية ٢٩

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٤٢/٥

أو نقيرا وسبب ذلك :

١ - أن الوصى ينقطع للنظر في مصالح الموصى عليه ومادام قد انقطع للنظر في مصالحه استحق للمقابل وهو الأجر .

٢ - وأيضا . أنه قد شغل بالنظر من الاكتساب الذى تسير به حياته ولو لم نقل بوجوب الأجر ربما اضطر إلى الأخذ اختلاسا من مال المحجور عليـــه .

٣ - قولنا باستحقاق الأجر المتفق عليه أمرا مضبوطا ومعلوما وهذا أولى من القول الذى يرى أنه يأخذ قدر كفايته لأن قدر كفايته يضيق ويتسع بسبب اختلاف الأشخاص واختلاف الفصول فالقول بالأجر المتفق عليـــه أضبط .

٤ - القول بأخذ الأجر فيه محافظة على مال المحجور عليه لأنه إذا أخذ الأجر بذل الجهد فيما تتطلبه المحافظة على المال وعندئذ لا يأكل الأموال ظلمـــا .

٥ - ولو لم نقل بوجوب الأجر ربما لم نجد من يرعى مصالح المحجور عليهم والاهتمام بشئونهم جريا وراء متطلبات الحياة .

ومن ثم كان الأولى والأنفع أن يأخذ من يتولى أمر المحجور عليه أجرا أما إذا ترك أخذ الأجر تنازلا منه امتثالا لقوله تعالى « ومن كان غنيـا فليستعفف » ابتغاء لوجه الله فلا مانع من ذلك لأنه تنازل عن خالص حقـــه .

« زوال الولاية والوصاية »

تنتهى كل من الولاية والوصاية على المحجور عليه بما يأتى :

أولا : بفك الحجر بمعنى أنه إذا زال السبب الذى أدى إلى الحجر بأن بلغ الصغير رشيدا أو أفاق المجنون والمعتوه قد زال عتهه وزال السفه سواء كان مصاحبا للبلوغ أو طرأ بعده فمتى زال السبب الذى أدى إلى الحجر انفكت الولاية والوصاية(١).

ثانيا : موت الولى أو الوصى : فإذا مات الولى أو الوصى الذى يقوم بشئون المحجور عليه ومباشرة مصلحته زالت الولاية والوصاية فلا يورث هذا الحق ، وسبب ذلك أن الولى والوصى يراعى فيهما الترتيب - كما سبق ذكره -(٢).

ولأن هذا الترتيب مبنى على مدى شدة الشفقة وقوة القرابة وهذه أمور معنوية قد لا تتوافر فى ورثة الولى أو الوصى .

ثالثا : اختلال شرط من الشروط المعتبرة فى الولى أو الوصى فإن زال وصف الإسلام بأن ارتد الولى أو الوصى و كان المولى عليه مسلما سقطت الولاية أو الوصاية لاشتراط اتحاد الدين وكذلك إذا فسق الولى أو الوصى فزالت العدالة سقطت الولاية والوصاية وهذا يسرى على كافة الشروط(٣)

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦/ ١٥٠ حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٣/ ٢٩٢ مغنى المحتاج ٢/ ٥٦٦ المغنى والشرح الكبير ٤/ ٥١٠ شرائع الاسلام ١/ ٢٠٤

(٢) المهذب للشيرازى ١/ ٤٦٣

(٣) مغنى المحتاج ٢/ ١٧٣ المهذب الشيرازى ١/ ٤٦٣

رابعا : موت المحجور عليه : لأن الحجر يقتضي وجود محجور عليه لأنه موضوع الحجر فإذا ما زال المحجور عليه بموت سقطت الولاية والوصاية

خامسا : العزل : إذا قام الولي بعزل الوصي انعزل لأنه وكيله والوكيل ينعزل بعزل الموكل سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة .

كما أن للحاكم أن يعزل كلا من الولي أو الوصي متى ثبت له فساد رأيه وسوء تدبيره وعدم إهتمامه بمصلحة المحجور عليه (١).

سادسا : تغير حال الوصي أو الولي بعد موت الموصين .

فإن طرأ على الوصي عيب من جنون أو سفه أو عته أو غير ذلك مما يجعله عاجزاً عن القيام بمصالح المحجور عليه عزل الوصي وأقام القاضي مقامه من يتولى مصالح المحجور عليه(٢).

---

(١) السراج الوهاج ١/٣٤٦ المهذب للشيرازى ١/٤٦٤

(٢) المهذب للشيرازى ١/٤٦٣

الباب الرابع

الحجر لمصلحة الغير

ويشتمل على :

القسم الأول : الحجر للمصلحة العامة .

القسم الثانى : الحجر للمصلحة الخاصة .

الفصل الأول : الفلس كسبب من أسباب الحجر .

الفصل الثانى : الحجر بسبب : الرق ، المرض ، الزوجية ، الرهن .

الحجر لمصلحة الغير

لما فرغنا من الكلام عن الحجر لمصلحة المحجور عليه اقتضى الكلام أن ننتقل إلى الحجر الذى يكون لمصلحة الغير بمعنى أن يكون المقصود من الحجر تحقيق المصلحة لغير المحجور عليه وقد يكون هذا الغير معناه عاما وقد يكون معناه خاصا .

والمقصود بالغير بمعناه الأعم هو كل من عدا المحجور عليه مادام الحجر يحقق مصلحة، والمصلحة هى رفع الضرر الصادر من المحجور عليه دون نظر إلى من يقع عليه الضرر لأن المراد وقاية المجتمع ككل من هذا الضرر الصادر من المحجور عليه وهذا ما يعبر عنه برفع الضرر العام أو إزالة الفساد الذى استشرى خطره وذاع أمره ولا يمكن توقيه إلا بالحجر على مصدره .

والمحجور عليه هنا قد حدده الإمام أبو حنيفة وحصره فى ثلاثة أشخاص .

م : الطبيب الجاهل والمفتى الماجن والمكارى المفلس .

وقد يكون الغير بمعناه الخاص وهو أن يكون الحجر على المحجور عليه بسبب مصلحة شخص معين غير المحجور عليه كما لو كان الحجر على رقيق لمصلحة سيده أو زوجة بسبب الزوجية ولمصلحة زوجها ومريض مرضا مخوفا لمصلحة ورثته وغير ذلك من الأمثلة التى سنتعرض لها فيما بعد :

ومن ثم فإن التقسيم يقتضي منا أن نبدأ بالكلام عن الحجر للمصلحة العامة ثم نتكلم عن الحجر للمصلحة الخاصة .

القسم الأول :

الحجر للمصلحة العامة .

القسم الثاني :

الحجر للمصلحة الخاصة .

ونبين كلا من القسمين فيما يلي :

القسم الأول

« الحجر للمصلحة العامة »

والمراد بالمصلحة العامة هنا هى تحقيق المصلحة والمنفعة للناس جميعا دون تخصيص بأحد معين ؛ لأن تحقيق المصلحة يعتبر أمراً هاما ودفعا للضرر العام وتحديدا لسلك بعض الأشخاص لأن فى تحديد مسلكه أو منعه من هذا السلك يحقق المصلحة المبتغاة وقد حددت الأسباب الداعية إلى الحجر تحقيقا للمصلحة العامة بثلاثة أسباب ذكرها الحنفية وحدهم .

وهذه الأسباب هى المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس(١)

وهذه الأسباب الثلاثة المذكورة حصرا عند الحنفية يعتبر الحجر فيها أو بمقتضاها ليس حجرا بمعناه الحقيقى ـ أى الشرعى وهو المنع من التصرف قولا لا فعلا ـ ولكن المراد من الحجر فيها هو المنع الحسى(٢) من إصدار الفتاوى التى تعتمد على الحيل والتطبيب عن جهل والكراء عن إفلاس ولكنها فى رأيى تدخل تحت الحجر للأسباب الآتية :

١ ـ أن الحجر فى اللغة معناه المنع مطلقا وهؤلاء الثلاثة ممنوعون منعا ظاهراً إذ لو لم يمنعوا لأدى ذلك إلى إيقاع الضرر .

٢ ـ أن المنع الواقع على هؤلاء بسبب الحجر وإن كان منعا حسيا

---

(١) البحر الرائق ٨/٨٨ - ٨٩

(٢) ابن عابدين ٦/١٤٧

إلا أنه يؤدى إلى إزالة الضرر المترتب على إصدار فتوى توقع فى الخطأ أو تطبيب يؤدى إلى الهلاك أو كراء يؤدى إلى ابتزاز أموال الناس بالباطل حيث أنه يتعاقد على محل غير موجود أصلا .

٣ - وإن كان بعض الحنفية يقول بأن الحجر على هؤلاء من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر(١) .

إلا أننا نقول يعتبر من قبيل الحجر الحقيقى بمعناه الشرعى فى هذا الاتجاه بخصوصه وفى نطاق محدد لا يمكن تجاوزه إلى التصرفات الأخرى .

وأيضاً إن قولنا إنه حجر بمعناه الحقيقى أقوى من القول إنه من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لأنه عام والحجر خاص ويمكن أن يرد النهى عن شىء واحد لسببين مختلفين وهذا يتحقق فيما نحن بصدده ألا ترى أننا يمكن أن نحجر على هؤلاء تحقيقا للمصلحة العامة ونمنعهم من مباشرة هذه الاختصاصات المذكورة من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وكلاهما - (القول بالحجر والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر) يساهم فى تحقيق المصلحة العامة وهما لا يتعارضان بل يلتقيان .

والأمر بالمعروف مطلوب شرعا وكذا النهى عن المنكر أخذاً من قول الله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »(٢)

---

(١) المرجع السابق ١٤٨/٦
(٢) الآية ١٠٤ آل عمران

وجه الدلالة :

أن لفظ « من » فى « منكم » للتبعيض وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض كفاية(١) إذا قام به البعض سقط عن الباقين وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع ومن ثم كان موكولا إلى أولى الأمر .

وقيل إن « من » لبيان الجنس وعليه فالمعنى : كونوا أمة تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر(٢) فعلى الجميع القيام به دون تخلف من أحد.

وهذه الأسباب نذكرها على النحو التالى :

أولا : « المفتى الماجن »

والمفتى فى الأصل من يتولى إصدار الفتوى فى أمور الدين بناء على اجتهاده بمقتضى دليل إلا أن وصفه بالمجون وهو من الغلظة والصلابة فقد دفعته غلظته وصلابته إلى أن يفتى بجهل بإطلاقة فيجعل الناس بسببها يتحايلون على دينهم إرضاء لأغراضهم .

ومثال ذلك :

أن يعلم المرأة الردة لتقع بينها وبين زوجها الذى يتمسك بها أو يعلم رجلا عنده مال كثير الردة لتسقط عنه الزكاة ثم يسلم بعد سقوطها عنه(٣) .

فهذا مجون فى الفتوى يستحق أن يحجر عليه بسببه لأن مثل هذه

---

(١) التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزى ١/١١٥
(٢) المرجع السابق والجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢/١٦٥
(٣) الدر المختار ٢/٢٢٣

الفتاوى تضر بالدين ضررا كبيرا حيث يفسد على الناس دينهم ولا يبالى بما يفعل من تحليل الحرام وتحريم الحلال(١) .

ثانيا : « المتطبب الجاهل »

وهو الذى يشخص الداء على غير حقيقته فهو لا يستطيع تشخيص الأمراض بدقة وبالتالى يصف للناس دواء مهلكا يضر بصحتهم وهذا يؤدى إلى فساد الأبدان وفساد والأبدان يقل ضررا عن فساد الأديان لأن فاسد البدن الذى ضاعت صحته لا يستطيع القيام بأمور دينه كما ينبغى(٢)

ثالثا : « المكارى المفلس »

وهو الشخص الذى يقوم بكراء سيارات أو دواب وليس له سيارات أو دواب وليس له مال يشترى به ما يقوم بكرائه والناس فى كرائهم يعتمدون عليه ويدفعون له الكراء ويضيع ما أخذه منهم من كراء وإذا جاء وقت الانتفاع اختفى(٣) ويؤدى إلى تعطيل مصالح المكترين وهذا فضلا عن أنه يأكل أموال الناس بالباطل وهو أمر منهى عنه لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »(٤) .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ١٩٣/٥ ، البناية شرح الهداية ٢٣١/٨

(٢) البناية على الهداية ٢٣٠/٨ - ٢٣١ ، ابن عابدين ١٤٧/٩ - وتبيين الحقائق ١٩٣/٥

(٣) تبيين الحقائق الزيلعى ١٩٣/٥ - ابن عابدين ١٤٧/٦ ، البناية ٢٣١/٨

(٤) سورة النساء آية ٢٩

والمحافظة على الأموال أمر واجب لأن الأموال تصان النفوس والأعراض وتقضى المصالح وضياع الأموال أمر منهى عنه .

وهذه الأشياء المذكورة المقصود منها فى جعلها أسبابا للحجر يقصد من ورائه دفع الضرر الأعم بتحمل الضرر الأخص لأن الحجر على هؤلاء المذكورين تيه تحمل للضرر الأدنى بتوقيع الحجر عليهم لدفع الضرر الأعلى بقصد المحافظة على الدين والأنفس والأموال(١) .

وقد ذكر ابن عابدين فى حاشية أسبابا أخرى تدعو إلى الحجر وألحقها بالأسباب الثلاثة المتقدمة فقال بالحجر على المحتكر : وهو الذى يحتكر سلعة امعينة بحيث لا توجد عند غيره فيبيعها بضعف ثمنها أو بأزيد منه مع شدة احتياج الناس إليها وكذلك أرباب الطعام إذا تعدوا فى البيع بحيث لا يكتفى بثمن الطعام وإنما يبيعه بقيمته وتكون القيمة مرتفعة إذا كان بينها وبين الثمن بونا شاسعا وفرقا واسعا(٢) .

رابعا : « الردة »

ويضاف إلى ما تقدم من الأسباب التى تقتضى الحجر للمصلحة العامة الردة وهى أن يرتد الشخص عن الإسلام بعد اعتناقه إياه لأن الشخص قبل دخوله الإسلام لا يعد مرتدا بل يسمى باسم الدين الذى ينتسب إليه كما لو كان يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا أو مشركا أما إذا اعتنق الإسلام

---

(١) البناية على الهداية ٢٣٢/٨

(٢) حاشية ابن عابدين ١٤٧/٦٦

وظل مسلما مدة ثم تركه فإنه يوصف بأنه مرتد وبعد ارتداده يمنع من التصرفات القولية والحجر على المرتد يحقق المصلحة العامة للمسلمين .

ومن حيث الحجر بسبب الردة فكما يلي :

الرأي الأول :

يرى الشافعية(١) والحنابلة(٢) أن الردة سبب من أسباب الحجر وبناء على ذلك :

فبمجرد الردة يتم إيقاع الحجر على المرشد بسبب ردته ويظل الحجر عليه قائما إلى أن يعود إلى الإسلام أو يقتل .

الرأي الثاني :

يرى الحنفية والمالكية أن الردة ليست سببا من أسباب الحجر فلا يحجر على المرتد لردته .

والفرق بين قول الحنفية بالحجر على المفتي الماجن - كما سبق - وعدم قولهم بالحجر على المرتد أن المفتي الماجن تؤدي فتواه إلى إفساد دين غيره من المسلمين أما المرتد فوزر ردته يقع عليه وحده ولا يتأثر به غيره .

ولعل من قال بأن الردة سبب من أسباب الحجر إلى أن المرتد ربما قلل من عدد المسلمين وقد يتأثر به غيره لاسيما من الأشخاص المقربين إليه كزوجته وأولاده فتبين أن ردته قد تضر بغيره لعدم التزامه بأحكام الدين .

---

(١) مغني المحتاج ١٦٥/٢

(٢) كشاف القناع ٤١٧/٣

لأن المرتد ينبغي أن يقتل لقوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه »(١)

ولكن ربما يقول بالحجر عليه الفترة الواقعة بين ردته وبين القتل وهي فترة الاستتابه فإن تصرفه ممتنع بسبب ردته وبسبب الحجر عليه .

أما من حيث مال المرتد :

فقد اختلف الفقهاء في زوال ملكه عنه أو عدم زواله على رأيين :

الأول :

وهو للشافعية(٢) والمالكية(٣) وأبو حنيفة(٤)

قالوا : بأن مال المرتد فيء بمعنى أنه لا يرثه أحد من أقاربه ولو كان بردته قد عاد إلى ملة أقاربه .

وقد عللوا ذلك بما يلي :

أن المرتد حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه وملكيته غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأنه لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وهو الردة وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره

---

(١) الحديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس انظر سنن ابن ماجه ٧٤٨/٢

(٢) الأم للشافعي ٣٦٣/٨

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٤/٤

(٤) الهداية شرح بداية المبتدي ١٦٥/٢

فيعمل السبب عمله وتزول ملكيته(١) .

وأيضا :

فان الله تعالى منع الدماء بالإسلام ومنع الأموال بالإسلام كذلك فاذا خرج الرجل من الإسلام إلى أن يباح دمه بالكفر فانه يكون مباح الدم كما كان قبل إسلام يباح معه ماله لأن المال أهون من الدم ولأن المال كان ممنوعا تبعا لدمه فلذا هتكت حرمة دمه هتكت حرمة ماله لأن حرمة المال أيسر من حرمة الدم(٢) .

الثانى :

وهو الحنابلة(٣) والصاحبين من الحنفية(٤) والشيعة الإمامية(٥) قالوا إن ملكية المرتد لا تزول عن ماله .

وعللوا ذلك :

بأن المرتد مكلف محتاج فيبقى ملكه إلى أن يقتل قياسا على المحكوم عليه بالرجم فى الزنا أو القتل قصاصا(٦)

---

(١) الهداية ٢/١٦٥

(٢) الأم الشافعى ٨/٣٦٣

(٣) كشاف القناع ٦/١٨١ ، ١٨٢

(٤) الهداية ٢/١٦٥

(٥) شرائع الإسلام ٢/٢٥٥ ، وقد قال الشيعة الامامية بأن أموال المرتد تقسم بين ورثته

(٦) الهداية ٢/١٦٥

وأيضا :

أن الردة سبب فى إباحة الدم وليست سببا فى زوال الملك قياسا على زنا المحصن.

وأيضا :

فان زوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك قياسا على القاتل فى المحاربة وأهل الحرب.

ويضيف الحنابلة إلى عدم زوال ملكه أنه يكتسب بأسباب الملك أثناء ردته كالصيد والشراء والاجارة ونحو ذلك لأن عدم عصمته لا ينافى صحة ذلك كالحربى(١).

ومما تقدم يتبين أن القائلين بزوال الملك كأنهم يحجرون على المرتد منذ ردته والقائلين بعدم زوال الملك لا يحجرون عليه بسبب الردة بل يبقى ملكه ولا يزول إلا بقتله فهم يقولون بالحجر مآلا أى عند قتله ..

والأولى عندى :

أن تكون الردة هى السبب فى الحجر حتى تتحقق العقوبة المالية بسبب الردة ما دامت أمواله ستؤول أخيرا إلى بيت المال.

---

(١) كشاف القناع ١٨١/٦ - ٢٨٢

القسم الثاني

« الحجر لمصلحة الخاصة »

وهذا القسم يختلف عن القسم الأول لأن الحجر في القسم الأول مشروع لتحقيق المصلحة العامة لجميع المسلمين .

وأما القسم الثاني فالمقصود من شرعية الحجر فيه هو مصلحة الغير بصفة خاصة بمعنى أن المصلحة لا تتعدى إلى غيره ويحتوى على أسباب نتناولها في فصلين هما :

الفصل الأول : الحجر بسبب أفلاس المدين
ويحتوى على ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : في تعريف الأفلاس وسبب تسميته
« الثاني : في اختلاف الفقهاء في كونه سببا للحجر وأدلتهم
« الثالث : الأحكام المترتبة على الحجر بسبب الأفلاس

الفصل الثاني : ويحتوى على المباحث الآتية :
المبحث الأول : الحجر بسبب الرق
« الثاني : « « المرض
« الثالث: « « الزوجية
« الرابع : « « الرهن
ونبين كل هذه المباحث فيما يلي :

الفصل الأول

« الفلس » كسبب من أسباب الحجر

ويحتوى الحديث عنه على ما يأتى :

أولا : تعريف الإفلاس وسبب تسميته

ثانيا : واختلاف الفقهاء فى كونه سببا من أسباب الحجر وأدلة كل منهم .

ثالثا : والأحكام المترتبة على الحجر على المفلس

أولا : تعريفه لغة واصطلاحا :

أما لغة فهو . مشتق من الفلوس يقال أفلس الرجل (بفتح الهمزة واللام) فهو مفلس أى معدم(١) .

وفى الاصطلاح :

الفلس معنى عام فهو أعم من المفلس فتعريفه إذن هو « عدم المال »(٢)

وهو بهذا المعنى إحاطة الدين بماله ٪

والفلس يشتق منه التفليس والتفليس قد يكون عاما وقد يكون خاصا

فالعام : هو خلع الرجل من ماله لغرمائه

---

(١) مختار الصحاح - ٥١٠ ، ٥١١

(٢) بلغة السالك ١٢٤/٢

والخاص: هو خلعه بالفعل(١)

وبيان العموم والخصوص:

أن الأول - العام - يمكن أن يكون عند الطالب بالخلع ولم يكن قد خلع بعد أما الثاني - الخاص - فهو خلعه بالفعل بناء على الطلب وهذا هو معنى المفلس الذي صدر الحكم من القاضي بإفلاسه وتحجير أمواله لسداد الغرماء وهذا عند المالكية(٢)

وقد وافق الشافعية على معنى المفلس الخاص حيث قالوا:

إن التفليس هو: جعل الحاكم المدين مفلسا بمنعه من التصرف في ماله(٣)

والفرق بين الشافعية والمالكية:

أن المالكية جعلوا الأفلاس: هو مجرد عدم المال والمفلس هو المحكوم عليه بالإفلاس.

أما الشافعية فقد جعلوا الافلاس: هو نفس الحكم الصادر من الحاكم بجعل المدين مفلسا فالشافعية يعرفون الافلاس بالأثر المترتب عليه بخلاف المالكية فان عندهم يمكن أن يوصف الشخص بالافلاس ولا يعتبر مفلسا متى عدم المال أو أحاط الدين بماله ولا يعتبر أنه موصوف بأنه مفلس إلا إذا صدر حكم من القاضي بمنعه من التصرف في أمواله.

---

(١) المرجع السابق ، المواهب ٥/٣٢

(٢) انظر المرجع السابق

(٣) مغني المحتاج ٢/١٤٦

وعرفه الحنابلة بقولهم :

أن المفلس هو الذى لا مال له ولا ما يدفع به حاجته(١)

وذكر صاحب كشاف القناع :

أن المفلس هو من لزمه من الدين أكثر من ماله(٢)

ثانيـا : سبب تسميته مفلسا :

يسمى الشخص مفلسا وإن كان له مال لأن ماله مستحق الصرف فى جهة ديونه فكأنه معدوم أو باعتبار ما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه أو لأنه يمنع من التصرف فى ماله إلا من الشئ التافه الذى لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها(٣) .

وسمى أيضا مفلسا لأنه لا مال له إلا الفلوس وهى أدنى أنواع المال(٤) لأن أنفس المال الذهب والفضة وهما النقدان اللذان يقوم بهما غيرهما.

أولا : اختلاف الفقهاء فى كون الافلاس سببا من أسباب الحجر :

اختلف الفقهاء فى جعـل الافلاس سببا من أسباب الحجر على النحو التـالى :

---

(١) المغنى والشرح الكبير ٤٥٥/٤

(٢) كشاف القناع ٤١٧/٣

(٣) كشاف القناع ٤١٧/٥

(٤) المغنى والشرح الكبير ٤٥٥/٤

رأى الجمهور :

المالكية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣) والشيعة الإمامية(٤) وأبو يوسف ومحمد من الحنفية(٥)

يقولون :

بأن الافلاس يعد سببا من أسباب الحجر مادام يحقق مصلحة لأصحاب الديون واستدلوا على قولهم هذا بما يأتي :

من السنة :

١ - حديث كعب بن مالك أن النبي ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله(٦) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ قام بالحجر على معاذ بسبب الديون التي أحاطت بماله وزادت عليه وهذا فعل من النبي ﷺ يعد تطبيقا عمليا فلا يمكن الاعتراض عليه ولو كان النبي ﷺ قد ترك أحداً من المدينين المفلسين لكان الأولى بالترك معاذ رضي الله عنه لكنه لم يتركه بل حجر عليه لطلب غرمائه فدل

---

(١) التاج والأكليل بهامش المواهب ٥/٥٧

(٢) مغنى المحتاج ٢/١٤٦

(٣) كشاف القناع ٣/٤١٧

(٤) شرائع الاسلام ١/٣٠٠

(٥) البناية على الهداية ٨/٢٦١

(٦) تلخيص الحبير ٣/٤٤

ذلك على أن الفلس سبب من أسباب الحجر(١) .

٢ ـ روى أن رجلا من جهينه كان يشترى فى الرواحل فيغالى بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع إدان معرضا فأصبح وقد دين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه ثم إياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب(٢) .

وجه الدلالة :

أن عمر رضى الله تعالى عنه وهو صحابى جليل جعل الدين سببا من أسباب الحجر والمنع من التصرف وفعله هـذا لم يقم أحد بالاعتراض عليه من الصحابة فـكان ذلك إجماعا .

كما أن فعل عمر استمداد من فعل النبى ﷺ بمعاذ .

ومن المعقول :

أن الحجر على المدين بسبب إفلاسه أمر تقره المصلحة لاسيما مصلحة الغرماء لأن الحجر على السفيه يحقق مصلحة له محافظة على ماله والحجر على المدين محافظة على أموال الغرماء خصوصا لو قام المدين ببيع ماله لشخص لا يمكن استرداده منه مرة أخرى بسبب تجبره ونعته وقد يكون المدين فعل هذا نكاية فى الغرماء فينبغى أن يرد عليه قصـده لسوء تصرفه ومراعاة مصالح الدائنين(٣) .

---

(١) البنايه فى شرح الهداية ٢٦١/٨

(٢) تلخيص الحبير ٤٧/٣ ، موسوعة فقه عمر ٣١٣

(٣) البناية على الهداية ٢٦١/٨ ، ٢٦٢

ثانيا : شروط تحقق الحجر بالفلس ما يلى :

١ — أن تكون أموال المدين قاصرة عن الوفاء بالديون التى عليه فإن كانت الأموال مساوية للديون أو تزيد عنها فلا يكون الدين عند ئذ سببا فى الحجر لأن المدين يمكنه الوفاء بما عليه .

٢ — أن تكون الديون حالة :

لأن حلول الدين يقتضى الوفاء به وعلى هذا إن كان الدين مؤجلا فلا يحق طلب الحجر بسببه لأن المدين ربما اكتسب مالا قبل حلول أجل الدين فيقوم بسداده .

٣ — أن يمتنع المدين عن سداد ما عليه من دين مع إمكان قدرته على السداد فإن لم يقم منه امتناع فلا حجر .

أما إذا امتنع فانه يعتبر مماطلا وقد قال رسول الله ﷺ (مطل الغنى ظلم)(٢) وظلم المماطل لا يمكن دفعه إلا بالحجر عليه وإجباره على سداد ما عليه من ديون .

٤ — مطالبة أرباب الديون بالحجر على المدين :

سواء كانت المطالبة من جميع الغرماء أو البعض .

٥ — أن تكون الديون ثابتة ولازمة :

بمعنى أن تكون هذه الديون ثابتة عند الحاكم وكونها لازمة حيث

---

(١) الحديث رواه ابن ماجه عن ابن عمر انظر سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢

لا يحجر بدين غير لازم وهو الذى يمكن إسقاطه كنجوم الكتابة(١)

ويرى الإمام أبو حنيفة :

عدم الحجر بسبب الدين ، بمعنى أن الحاكم لا يحجر على المدين بسبب الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه أيا كانت ديونه وإن جاز حبسه حتى يؤدى أو يموت هذا إذا ثبت أنه غنى فإن كان فقيرا خلى سبيله لظهور أنه لا يستوجب الحبس

وإن كان لا يمنع الغرماء من ملازمته عند أبى حنيفة وصاحبه وخالف زفر فقال لا يلازمونه .

استدل أبو حنيفة على القول بعدم الحجر هنا بما يلى :

من الكتاب :

١ — قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٢)

وجه الدلالة :

أن الحجر على المدين وبيع ماله من قبيل أكل أمواله بالباطل لانعدام التراضى المطلوب فى الآية وهذا أمر منهي عنه والنهي يقتضي التحريم فيعدم الحجر عليه وبيع ماله بغير رضاه(٣) .

---

(١) مغنى المحتاج ١٤٦/٢ - ١٤٧ ، الشرح الصغير بهامش البلغة ١٢٦/٢ كشاف القناع ٤١٨/٣ البناية على الهداية ٢٦١/٨ شرائع الاسلام ٢٠٠/١

(٢) سورة النساء آية ٢٩

(٣) البناية على الهداية ٨/ ٢٦

٢ ـ قول الله تعالى :

« وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »(١)

وجه الدلالة :

أن الآية جعلت المدين المعسر فرصة بمنحه مهلة لكى يستطيع التصرف ويقضى ما عليه من ديون ولم تطلب الحجر عليه ولا بيع ماله(٢)

من السنــة :

قوله النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحــل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »(٣) .

وجه الدلالة :

أن نفس المدين لا تطيب بفعل القاضى المترتب على الحجر لأنه ينتفى فيه الرضا(٤)

واستدلوا على القول بحبسه بما يلى :

١ ـ قول النبى ﷺ (مطل الغنى ظلم)(٥) .

وجه الدلالة :

أن فى حبسه دفعا للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس(٦) .

---

(١) الآية سورة البقرة ٢٨٠

(٢) البدائع ١٧٣/٧

(٣) الحديث سبق تخريجه

(٤) الزيلعى ١٩٩/٥

(٥) الحديث رواه ابن ماجه عن ابن عمر انظر سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢

(٦) البدائع ١٧٢/٧

٢ — وقول النبى ﷺ «لى الواجد يحل عرضه وعقوبته»(٢)

وجه الدلالة :

أن الحبس عقوبة لأن فيه حداً لحرية المدين وقهراً به على الأداء.

الترجيح :

والراجح لدينا هو ما رآه الجمهور من الحجر على المدين بسبب الدين للأسباب الآتية :

أولا : إن فى الحجر دفعا للمدين على سداد الديون اتقاء للحجر وما يترتب عليه.

ثانيا : إن إعلان الإفلاس بطريق القضاء أمر يخشاه المدينون لاسيما إذا كانوا ممن يشتغلون بالتجارة لأنه يفقد الثقة فى التعامل معهم.

ثالثا : أن الجمهور القائلين بالحجر بسبب الإفلاس لم يقولوا به مطلقا وإنما وضعوا له شروطا وضوابط ذكرت آنفا فإذا لم تتوافر لم يجز الحجر على المفلس.

رابعا : إن القول بعدم الحجر بسبب الإفلاس ربما أدى إلى جرأة المدينين على أكل أموال الدائنين متظاهرين بالفاقة وسوء الحال.

خامسا : إن أبا حنيفة القائل بعدم الحجر يقول بالحبس والملازمة للمدين فى غدوه ورواحه وهذا يعتبر تضييقا على المدين وحدا من تصرفه حرجا عن يلازمه بمنع المدين من التصرف فى الأموال المحجور عليها للدائنين ويمكنه أن يتصرف فى غيرها.

---

(١) انظر ابن ماجه ٨١١/٢

الأحكام المترتبة على الحجر بسبب الإفلاس

وما دمنا قد ارتأينا أن الإفلاس سبب من أسباب الحجر فهو ليس مقصوداً لذات المفلس وإنما المقصود مصلحة الغير وهم الدائنون ومن ثم تبنى على ثبوت الحجر بسبب الإفلاس أحكام نذكرها على النحو التالي:

بعد أن يقوم الدائنون بالمطالبة بالحجر على المفلس وذلك يتحقق برفع الأمر للقاضي وإصدار القاضي الحكم بالحجر عليه .

أولاً : المنع من التصرف :

فإن المفلس يمنع من التصرف عند المالكية والحنابلة سواء كان بغير معاوضة كالعتق والهبة والتصدق والبيع بالمحاباة لأنه إلى الهبة أقرب بل ربما كان هبة مستترة فإن باع بغير محاباة يتوقف على إجازة الغرماء .

وحتى لو كان التصرف بمعاوضة كبيع وشراء وإجارة وكراء فانه يمنع من التصرف لتعلق حق الغرماء به فان تصرف هل ينفذ أم لا ؟ قيل بأنه لا ينفذ إلا إذا أجاز الحاكم والغرماء لأنه حقهم[1]

وقد وافق على ذلك الشافعية في الأظهر وسبب ذلك تعلق حق الغرماء بالمال ولأن الحجر على المفلس بمقتضى حكم حاكم فتصرفه يكون على خلاف الحجر فيبطل ، ومقابل الأظهر : يجعل تصرفه موقوفاً فإن كان

---

(١) مواهب التاج والاكليل بهامش المواهب ٣٣/٥، والشرح الصغير بهامش البلغة جـ ١٢٧/٢ ، الشرح الكبير بهامش الدسوقي جـ٣/٢٦٥ ، الشرح الكبير بأسفل مغنى٤/٤٦٣

تصرفه فى المعاوضات بأزيد من القيمة فانه يصح لتحقيق المنفعة للمحجور عليه والغرماء وإن لم يكن بأزيد من القيمة ألغى(١) وإن كان الصاحبان والحنفية يريان أن تصرف المحجور عليه لفلسه يمنع منه متى باع الشىء بغبن يسير أو كثير لتعلق حق الغرماء ، أما إذا باعه بثمن مثله فانه لا يمنع منه لعدم اعتدائه على حق الغرماء (٢)

ثانيا : حلول الدين

(أ) لقد رأى المالكية والشافعية فى مقابل الأظهر حلول الديون المؤجلة بمعنى أن الحجر على المفلس الذى عليه ديون حالة وأخرى مؤجلة فان المؤجلة تحل بتفليسه كالمعجلة وتأخذ حكمها سواء بسواء وعللوا ذلك :

بأنه يقاس على الميت فان الميت إذا مات حلت عليه الديون المؤجلة بجامع خراب الذمة فى كل وربما لا يتيسر للمفلس أموال بعد ذلك فلو لم يحل ما أجل من الديون لكان للديون الحالة أفضلية على المؤجلة بلا سبب يدعو إلى التفضيل (٣) وإن كان بعض الحنابلة منهم موفق الدين وابن أخيه وجماعة يرون حلول الدين المؤجل بشروط : إذا كان حجر المفلس

---

(١) مغنى المحتاج ١٤٨/٢ ، السراج الوهاج ٢٢٣/١
(٢) البناية على الهداية ٢٦٢/٨ ، مصادر الحق للسنهورى ١٣٨/٥ ، شرائع الاسلام ٢٠٠/١
(٣) الشرح الكبير بهامش الدسوقى ٢٦٥/٣ ، شرح صغير بهامش البلغة ٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، السراج الوهاج ٢٢٣/١ القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٣٤

طويلا أو نحوها ولم يكن للدين المؤجل رهن يفي به أو كفيل يضمنه فانه حينئذ يحل الدين المؤجل (١)

(ب) أما الحنابلة والأظهر عند الشافعية والشيعة الإمامية يرون أنه لا يحل الدين المؤجل بمعنى أن الحجر يكون بالنسبة للديون الحالة فقط وتبقى الديون المؤجلة لا تخضع للمطالبة ولا يزاحم بها الغرماء الحالة ديونهم (٢) وعللوا ذلك :

أولا : بأن الحجر على المفلس لم يكن إلا بسبب ما حل من الديون فلا تدخل المؤجلة.

ثانيا : لأن الدين المؤجل لم يلزم المدين بأدائه قبل حلول أجله (٣).

ثالثا : ولأن الأجل مقصود للمدين فلا يفوت عليه لأننا لو قلنا بالحلول للمؤجل لفات على المدين صفة قصدها وهي التأجيل (٤)

رابعا : بيع المال بمعنى أن يقوم الحاكم بحصر أعيان ماله معروضة ويقوم ببيعها (٥) وذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حجر على معاذ

---

(١) كشاف القناع ٤١٧/٣ ، ٤١٨

(٢) مغنى المحتاج ١٤٧/٢ ، السراج الوهاج ص٢٢٣ ، الكشاف ٢٠٣/٣ شرائع الاسلام ٢٠٣/١ .

(٣) الشرح الكبير المغنى ٤٥٦/٤

(٤) مغنى المحتاج ١٤٧/٢ .

(٥) الشرح الكبير ٢٦٩/٣ وما بعدها كشاف القناع ٤٣٢/٣ مغنى المحتاج ١٥٠/٢ السراج ٢٢ ، الشرح الصغير بهامش البلغة ١٢٩/٢ البناية على الهداية ٢٦٢/٨ -

باع ماله في دينه (١) ولفعل سيدنا عمر رضي الله عنه بأسيفع جهينة والبيع يقوم به الحاكم وينبغي أن يبادر به عقب الحجر وذلك حتى لا تطول فترة الحجر على المفلس فيتفرغ لاكتساب أموال أخرى ليقضي بها ما أجل من الديون .

ولأن في المبادرة بالبيع اطمئنانا للغرماء حتى يأمنوا من وقوع تصرفات من المدين ربما سترت عنهم بعض الأموال .

وهل يشترط حضور المدين عند البيع وكذلك الغرماء أم لا ؟

الأولى أنه يستحب للحاكم إحضار المدين عند البيع لأنه أعرف بالجيد من السلع وأعرف بثمنه وبحضوره تكثر الرغبة في السلع وتطييب لنفسه وتسكينا لقلبه لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)(٢) وأيضا لأن في حضوره نفيا للتهمة

كما أنه يستحب للحاكم أن يحضر الغرماء عند البيع لأن البيع لمصلحتهم وربما رغب أحدهم في شيء من البيع فيزيد في ثمنه ويأخذه وربما يجد أحدهم عين ماله فيظفر به ، وأيضا فيه نفي للتهم (٣)

رابعا : للغريم أخذ عين ماله إذا وجده عند المدين وهذا رأي الجمهور .

بمعنى أن الدائن إذا كان قد باع المدين سلعة وعجز المدين عن دفع ثمنها وأفلس وحجر عليه بمقتضى الإفلاس فإن وجد الدائن العين التي باعها

---

(١) الحديث سبق تخريجه

(٢) الحديث رواه الدار قطني ٢٦/٣

(٣) كشاف القناع ٤٣٢/٣ ، ٤٣٣ ، مغنى المحتاج ١٥٠/٢ ، ١٥١

عند الدين ولم تخرج عن ملكه أخذها حتى لو خرجت عن ملكه ببيع ثم عادت إليه بالفسخ أو بالإقالة أو عادت إليه بالإرث أو الهبة أخذها ما دام لم يطرأ عليها تغيير وإن كان الحنابلة قد اشترطوا سبعة شروط لابد من توافرها حتى يأخذ الدائن عين ماله (١) وهى على النحو التالى :

١ ـ أن يكون المفلس حيا إلى حين أخذ العين فإن مات المفلس ليس له أخذ عين ماله لأنه يصير كسائر الغرماء ولأن الملك انتقل من المفلس إلى الورثة .

٢ ـ ولم ينقد المفلس من ثمن المبيع شيء ولم يبرئه البائع من الثمن أو بعضه فإن نقد بعض الثمن أو أبرأه الدائن من بعضه أو كله فهو كسائر الغرماء .

٣ ـ كون السلعة بحالها بمعنى أنه لم يطرأ عليها تغيير .

٤ ـ ألا يزول ملك المفلس من السلعة أو بعضها فإن زال ملكه عنها بأن وهبها أو باعها أو أجر بعضها لم يكن للدائن الرجوع فى عين ماله ويصير كسائر الغرماء .

٥ ـ ألا يتعلق بالسلعة حق لغير المدين كشفعة أو جناية بأن كانت السلعة عبدا ثم ارتكب جناية فان الجناية تتعلق برقبة العبد .

٦ ـ ألا تزيد السلعة زيادة سواء كانت الزيادة منفصلة أو متصلة والمنفصلة كما لو كان حيوانا ثم أنجب والمتصلة كالسمن وتعلم الصنعة وغير ذلك .

---

(١) المغنى لابن قدامة والشرح الكبير ٤٥٦/٤ وما بعدها ، كشاف القناع ٤٢٥/٣

المهذب للشيرازى ٣٢٢/١ ، الشرح الصغير بهامش البلغة ١٤٥/٢ ، تبيين الحقائق للزيلعى ٢٠٥/٥ - ٢٠٦ ، شرائع الاسلام ٢٠٢/١

فإن الزيادة تمنع الرجوع في عين السلعة .

٧ ـ وهو عند بعض الحنابلة أن يختص بالرجوع في عين السلعة الدائن دون ورثته وعند بعضهم يستوى في الرجوع الدائن والورثة قالوا وهو الأصح(١)

أما عند أبي حنيفة ومن وافقه : وهو الحسن البصرى والنخعى وابن شبرمة أن الدائن كسائر الغرماء ليس له أن يرجع إلى عين ماله وإن وجدها كما هي دون تغيير .(٢)

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على رأيهم بالآتى :

١ ـ ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم (أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به)(٣)

٢ ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به) وهذا متفق عليه .

وجه الدلالة من الحديثين :

أنهما قد وردا بلفظهما ومعناهما صراحة في أن من وجد عين ماله عند المفلس

---

(١) كشاف القناع ٤٢٦/٣ وما بعدها . المغنى والشرح الكبير ٤٥٦/٤

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ٢٠١/٥ . المغنى والشرح الكبير ٤٥٧/٤

(٣) رواه مالك وأبو داود مرسلا وانظر سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢

فهو أحق به ما دام لم يأخذ من ثمنه شيئا أو يبرئ المفلس لأن عين المال مادام لم يطرأ عليها تغيير بزيادة كأنها لم تخرج من ملكه وتجعل الدائن ميزة على سائر الغرماء.

٣ - ولأن المشترى قد عجز عن دفع الثمن الذى هو أحد بدلى العقد فيثبت البائع حق الفسخ قياسا على ما لو عجز عن تسليم المبيع بالاباق وغيره بجامع أنه عقد معاوضة فيقتضى المساواة.

أما أبو حنيفه ومن معه فقد استدلوا بما يأتى :

قوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »(١)

وجه الدلالة من الآية :

إن عقد البيع يوجب الثمن فى ذمة المشترى للبائع وقد صار دينا وهو وصف فى الذمة وقد صار الدين مؤجلا بتأجيل الشارع له بسبب عجز المدين عن الوفاء حيث أوجب النظرة إلى الميسرة بمقتضى صريح نص الآية وتأجيل الشارع أقوى من تأجيل المتعاقدين، وعجز المدين لا يوجب الفسخ ألا ترى أنه يمكن للبائع أن يبرئ المشترى من الثمن فله أن يعطيه التأجيل الذى أوجبه له الشارع(٢).

الترجيـــح :

والراجح لدينا هو رأى الجمهور لما يأتى :

---

(١) سوره البقرة آية ٢٨٠

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ٥/٢٠١، ٢٠٢

أولا : لأن من وجد عين ماله وأخذها فإنه يجعل بقية الغرماء يتجهون لغير ما أخذه من أعيان .

ثانيا : أن وجود عين المال دون أن يتصرف فيها المدين بأى نوع من أنواع التصرف ولم يطرأ عليها أى زيادة تعتبر بحالها ضامنة لدين الدائن .

ثالثا : أن المفلس غير المعسر لأن الإفلاس أمر ربما تسبب فيه المدين بتفريطه وكثرة تبرعه أما الإعسار فإنه أمر مفروض على المدين لم ينتج عن سوء التصرف .

رابعا : أن الإفلاس يعد من وجهة نظرنا عقوبة لأنه بإفلاسه يفقد حرية التعامل بين الناس ومن ثم كان الدائن الذى وجد عين ماله يصير كأنه مرتهن وعين ماله رهنا بما فى ذمة المدين .

خامسا : إعطاء الدائن عين ماله فيه محافظة على الدائنين لأننا ينبغى أن نراعى جانب الدائن وإعطاؤه عين ماله فيه مراعاة لجانبه .

الحكم الخامس من الأحكام المترتبة على الحجر بسبب الإفلاس :

قسمة المال بين الدائنين(١) :

إن الحاكم بعد أن يبيع أعيان وعروض المدين فنظر فى البدل إما أن يوف بسائر الديون أو لا فإن أوف بسائرها فهذا لا يثير أشكالا فإن كل واحد يأخذ دينه ويزول الحجر عنه .

(١) كشاف القناع ٤٣٢/٣، مغنى المحتاج ١٥٠/٢ ، الشرح الصغير بهامش البلغة ١٣٠/٢ ، البناية على الهداية ٢٦٢/٨

أما إذا لم يوف البدل بسائر الديون فإنه يقسم البدل بين الغرماء بطريق المحاجة والعمل فيها أن يعطى كل واحد بنسبة دينه فلو فرضنا أن ماله عشر وعليه عشرون فيعطى كل واحد منهم نصف دينــه ولو كان ماله عشر والديون ثلاثون أعطى كل واحد ثلث دينه .

ويلاحظ أن يترك له مقدار أكله هو وعياله و كسوتهم أياماً وقيـــل شهراً .

(١) القوانين الفقهية لابن جزي الكلبي ص٣٥٣

الفصل الأول

الحجر بسبب الرق ، الزوجية ، والرهن ، والمرض

المبحث الأول

الحجر بسبب الرق (١)

النوع الثـانى الحجر بسبب الرق والرقيق هو العبد أو الأمة المملوكين لسيدهما فإنه يحجر عليهما لمصلحة السيد فالعبد والأمة ليس لهما حق التصرف لا فى أنفسهما ولا فى مالهما لأن العبد وما ملكت يداه لسيده وهو مسخر لخدمة سيده بسبب رقه فليس له أى لون من ألوان التصرف إلا إذا أذن له سيده ، وملك السيد له يعتبر حائلا بينه وبين كافة التصرفات .

والحجر هذا لمصلحة السيد حتى لا ينشغل بخدمة غيره فإن أذن له سيده فى التجارة جاز للرقيق أن يتجر بمقتضى هذا الإذن فإن أذن له فى نوع خاص من التجارات لم يجز له أن يتعداه إلى غيره وإن أذن له أن يتجر فى بلد معين لم يجز له أن يتجر فى بلد آخر وإذا كان إذنه عام فى كل التجارات وفى سائر الأماكن كان الإذن عاما ويعتبر العبـد كالوكيل والوكيل مقيد باذن موكله سواء كان الإذن عاما أو خاصا ، ولما كان الرق سببا من أسباب الحجر لمصلحة السيد ذكرناه تعدادا وإن انعدم فى زماننا هذا .

لذلك آثرنا ألا يطول الكلام فيه .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٨٠٥ ، الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٥٣٣ ، ٥٣٤ بدائع الصنائع ٧/١٦٩ ، ١٧٢ ، ابن عابدين ٦/١٤٤ ، ١٥٤ وما بعدها ، التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ٥/٧٥ ، المواهب للحطاب ٥/٧٥ . الشرح الصغير بهامش البلغة ٢/١٣٤ والشرح الكبير بهامش الدسوقى ٣/٣٠٢ مغنى المحتاج ٢/١٦٥ ، السراج الوهاج ١/٢٢٩ شرائع الاسلام ١/٢٠٤

المبحث الثانى

الحجر على المريض :

من الأسباب التى تدعو إلى الحجر المرض وليس المرض الذى يدعو إلى الحجر أى مرض كان وإنما المرض لا بد أن يكون مرضا من نوع معين ومن قال بأن المرض سبب من أسباب الحجر اشترط أن يكون مرضا مخوفا وهو ما يؤدى إلى الموت غالبا أو لا يرجى برؤه ومن الذين قالوا : بأن المرض سبب من أسباب الحجر : المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية (١) فقد قالوا : بأن المرض سبب من أسباب الحجر لمصلحة الورثة ويحجر على المريض أن يتصرف فى مرضه بما زاد على الثلث تبرعا ويفهم من هذا أن تصرفه فى حدود الثلث جائز لأنه بغير وصية وإن قال بعض الشافعية إن الدين إذا كان مستغرقا لتركته يمنع من التصرف أصلا حتى فى الثلث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين (٢) كما أن الحنابلة قالوا إن التبرع بما زاد على الثلث ممتنع لوارث ولغيره أما الوارث فمنعوا التبرع له أصلا بالثلث أو ما زاد عليه وأما الحنفية لم يقولوا بأن المرض سبب من أسباب الحجز وإنما قصروا الحجر على أسباب معينة معدودة ومحدودة ولم يذكروا منها المرض .

---

(١) التاج والاكليل بهامش المواهب ٧٨/٥ ، المواهب : ٧٨/٥ والشرح الصغير بهامش البلغة ١٤٤/٢ وحاشية الدسوقى والشرح الكبير ٣٠٦/٣ ومغنى المحتاج ١٦٥/٢ والسراج الوهاج ٢١٩/١ والمغنى لابن قدامة ٥٠٨/٤ وشرائع الاسلام ٢٠٤/١

(٢) مغنى المحتاج ١٦٥/٢

المبحث الثالث

الحجر على المرأة بسبب الزوجية :

بمعنى أن المرأة إذا كان لها مال خاص بها فهل لها أن تتصرف فى مالها بدون إذن زوجها أم ليس لها ذلك إلا بإذن الزوج؟

وللاجابة على ذلك نقول : اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول :

أنه يحجر على المرأة لمصلحة الزوج فيحق لها أن تتصرف فى مالها ببيع وشراء .

أما التبرع فلها أن تتبرع فى حدود الثلث وليس لها أن تتبرع بما فوق ذلك .

وبهذا قال : المالكية ورواية مرجوحة للحنابلة .

واستدلوا على رأيهم:

١ ـــ بما روى من أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى ﷺ بحلى لها فقال لها النبى ﷺ لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن لها زوجها فهل استأذنت كعبا فقالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها قال نعم فقبله رسول الله ﷺ(١) .

٢ ـــ ما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « لا يجوز لامرأة عطية فى مالها

---

(١) رواه ابن ماجه فى سننه عن كعب عن أبيه عن جده ٢ /٧٩٨

إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها) (١)

وجه الدلالة من الحديثين

أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقبل التبرع من امرأة كعب مع إخبارها بأن زوجها أذن لها حتى استوثق من إذن زوجها لها فدل ذلك على أنه لا يحق لها أن تتبرع من تلقاء نفسها مع أن الذهب الذى تبرعت به خاص حقها ومملوك لها .

ودل الحديث الآخر : على نفى عطايا الزوجات إلا بإذن الأزواج وعلل ذلك أن الأزواج يملكون العصمة .

٣ - ولأن حق الزوج متعلق بمالها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها (٢) والعادة أن الزوج يزيد فى مهر زوجته من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به فاذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض(٣)

الاتجاه الثانى:

وهو أن المرأة التى لها مال لا يحجر عليها ولها أن تتصرف فى مالها بكافة أنواع التصرفات ولها أن تتبرع بالثلث وما زاد عليه دون رجوع إلى زوجها أو طلب إذن منه .

---

(١) رواه البيهقى ٦/٦

(٢) رواه ابن ماجه عن أبى هريرة انظر سنن ابن ماجه ٥٩٧/١

(٣) المغنى لابن قدامة ٥١٩/٤ ، الشرح الكبير بأسفل المغنى ٥٣٢/٤

وبهذا قال الحنفية (١) والشافعية (٢) والراجح من مذهب الحنابلة (٣) والشيعة الإمامية (٤) .

واستدلوا على رأيهم بما يلي :

١ - قوله تعالى « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » .

وجه الدلالة :

أن ظاهرها يفيد وجوب دفع المال لليتامى بعد بلوغهم النكاح وإيناس الرشد دون تفرقة بين الذكر والأنثى ، ومن فرق فإن تفرقته تحكم بلا دليل

٢ - ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن) (٥) .

وجه الاستدلال من الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم خاطب النساء بالتوجيه النداء إليهن حيث قال : (يا معشر النساء)

---

(١) بدائع الصنائع ١٦٩/٧ حيث إنهم ذكروا أسباب الحجر ولم ينصوا على أن الزوجية سبب من أسباب الحجر

(٢) مغني المحتاج ١٦٥/٢ ذكروا أسباب الحجر ولم ينصوا على أن الزوجية سبب من أسباب الحجر

(٣) المغني والشرح الكبير ٥١٨/٤

(٤) شرائع الاسلام ٢٠٤/١

(٥) الحديث رواه الترمذي عن زينب زوجة عبد الله بن مسعود انظر سنن الترمذي ١٩/٣

وهذا نداء خاص بهن وأمرهن بالتصدق حيث قال (تصدقن) والأمر هنا يقتضى الوجوب .

ولما كان التصدق يمكن أن يكون من أى شىء وقد لا تجد المرأة شيئاً إلا حليها وهو مملوك لها غال عليها لزينتها فقال « ولو من حليكن » وهذا دليل على جواز تصدقها بدون الرجوع إلى إذن زوجها (١) .

٣ - ولأن المرأة من أهل التصرف ولها حق لزوجها فى مالها فلا يملك الحجر عليها .

والراجح لدينا :

أن الزوجة لا تعتبر سببا من أسباب الحجر وذلك لعدة أسباب :

أولا : إن الزوجة سكن ومودة ورحمة إذا كانت هذه هى الأسس التى تبنى عليها الزوجية فكيف تكون سببا للحجر على الزوجة .

ثانيا : إن الذين قالوا بأن الزوجية سبب من أسباب الحجر أجازوا لها التصرف بمعاوضة والتبرع فى حدود الثلث ومنعوا التبرع بما زاد على الثلث فالمنع عندهم ليس فى التبرع مطلقا بل بما زاد على الثلث فهذا تحكم يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك .

ثالثا : الأحاديث الواردة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الأمر للنساء بالتصدق صريحة واضحة ولو كان التصدق من الحلى الذى تتمسك به المرأة لإبراز زينتها .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/ ٥١٩ ، الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/ ٥٣٢ .

رابعا : أن الزوج إذا أراد أن يتصرف فى مال المرأة لا بد أن يكون بتفويض منها فاذا كان تصرفه يحتاج إلى إذن، فكيف يكون تصرفها فى التبرع بما زاد على الثلث يحتاج إلى إذنه فهذا قلب للأوضاع ونكران للحقائق .

خامسا : الحديث الذى استدلوا به هو من رواية شعيب وهو ضعيف لأن شعيب لم يدرك عبدالله بن عمر فهو مرسل ومحمول على أنه لا يجوز عطاؤها من ماله بغير إذنه فمن أين لهم أنه ينكر عطاءها من مالها(١)

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٥١٩ ، الشرح الكبير بأسفل المغنى ٤/٥٣٢، ٥٣٣

المبحث الرابع

الحجر على الراهن :

هل يعتبر الرهن سببا من أسباب الحجر على الراهن أم لا ؟
اختلفت الاتجاهات الفقهية فى جعله سببا من أسباب الحجر .

الاتجاه الأول :

يرى أنه يحجر على الراهن لمصلحة المرتهن وهذا الاتجاه قال به الشافعية والحنابلة ومعهم المالكية (١)

الاتجاه الثانى :

يمنع أن يكون الرهن سببا من أسباب الحجر على الراهن لمصلحة المرتهن (وبهذا قال الحنفية)

وسبب هذا الخلاف

أنه هل يجوز للراهن أن ينتفع بالرهن أم لا؟ فمن أجاز للراهن الانتفاع بالمرهون جعل الرهن سببا من أسباب الحجر على الراهن
ومن منع الانتفاع لم يجعل الرهن سببا من أسباب الحجر
ولذلك : رأى الشافعية أن من حق الراهن أن ينتفع بالشىء المرهون

---

(١) مغنى المحتاج ١٦٥/٢ ، السراج الوهاج ص٢٢٩ ، المغنى لابن قدامة ٥٠٨/٤ ، كشاف القناع ٤١٦/٣ ، مختصر خليل المواهب ٢/٥ ، ٣ ط ١٩٧٢

إذا أذن المرتهن أو لم يأذن له أن يستردة من المرتهن بعد قبضه بشرط أن الانتفاع لا ينقص الشيء المرهون ولو أمكن الراهن أن ينتفع بالرهن بدون استرداد جاز له أن ينتفع به وهو تحت يد المرتهن

أدلة الاتجاه الأول : القائلين بجواز انتفاع الراهن بالمرهون وبالتالى جواز الحجر على الراهن « المنتفع بالمرهون » لمصلحة المرتهن

١ ـ قول النبى صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » (١)

وجه الاستدلال :

هذا يدل على أن للركوب والحلوب ينتفع بهما بسبب نفقاتهما والمتعارف عادة أن المنفق هو المالك والراهن هو مالك الرهن وعقد الرهن لا يزيل ملكيته والانتفاع بالشيء المرهون فرع ملكيته.

ومن هذا يتضح أن المنتفع هو الراهن ، وما دام ينتفع طوال مدة الرهن بشرط أن لا ينقص قيمته فانه يحجر على الراهن أن يتصرف فى الشيء المرهون بنقل ملكيته ببيع أو إجارة أو غير ذلك وما شرع ذلك إلا لمصلحة المرتهن (٢)

وأما المالكية والحنابلة الذين أجازوا الانتفاع للراهن بالمرهون اشترطوا إذن المرتهن وبهذا فارقوا الشافعية فان أذن المرتهن فات اللزوم عند

---

(١) انظر فتح البارى بشرح البخارى ٨/١ ونيل الأوطار ٥/٢٦٤ الحلبى

(٢) نهاية المحتاج ٤/٢٦٦ ، ٢٦٧

الحنابلة وفات الحوز عند المالكية ويبقى عقد الرهن بحيث لو عاد الرهن للمرتهن عاد اللزوم والحوز دون الحاجة إلى إجراء عقد جديد ، ومن ثم يحجر على الراهن أثناء انتفاعه بالمرهون أن يتصرف فيه ، بأى لون من ألوان التصرف وما ذلك إلا لمصلحة المرتهن (١)

أدلة الاتجاه الثانى « القائلين بأنه لا يحجر على الراهن لمصلحة المرتهن أن الرهن محبوس لدى المرتهن على سبيل الدوام وهذا يعدم استرداد الراهن الرهن قبل حلول الأجل (٢) وذلك لقوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » (٣) وقبضه وحبسه يعدم استرداده والانتفاع به ومن ثم فلا داعى لأن يكون الرهن سببا من أسباب الحجر على الراهن لمصلحة المرتهن لأن الرهن ليس فى يد الراهن

والراجح لدينا : أنه لا ينبغى أن يكون الرهن سببا من أسباب الحجر على الراهن ما دام المرهون محبوسا لدى المرتهن وقد قام المرتهن بقبضه .

ولو قلنا بأن الرهن سبب من أسباب الحجر فلا يخرج الرهن عن كونه ضامنا للدين ولو أخذ الراهن الرهن لاجتمع المرهون والدين المضمون فى يد الراهن .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٠ ٣٢ راجع كتابنا المذاهب الفقهية فى عقد الرهن ١٣٣ - ١٣٧

(٢) البدائع ٦/١٤٦ (٣) البقرة ٢٨٣

الخاتمـــه

وهى عبارة عن النتائج التى توصلت إليها من خلال هذا البحث :

أولا : بعد استعراض تعريفات الحجر والمقارنة بينها استطعت أن أتوصل إلى تعريف مستقل وهو – فى رأيى – جامع لمحتوى المعرف مانع من اختلاط غيره به .

ثانيا : قسمت الحجر قسمين : قسم يختص بمصلحة المحجور عليه وقسم يختص بمصلحة الغير .

ثالثا : جاء القسم المختص بمصلحة المحجور عليه منحصراً فى أسباب ثلاثة هى : الصغر ، والجنون ، والسفه ، وهذه عوارض للأهلية تعتبر من قبيل العوارض السماوية وهى التى لا دخل للانسان فيها بل تصيبه طوعا أو كرها ، وإن كان الصغر هو المرحلة التى يمر بها كافة البشر .

رابعا : لما كان المحجور عليـه لا يجرى أى لون من ألوان التصرفات كان لابد من أن يقوم شخص بإجراء التصرفات نيابة عنه – وكان الحجر لهذه التصرفات إما أن يكون وليا ، أو وصياً ، فاقتضى البحث الكلام عن الولاية و الوصاية والتصرفات الجائزة لكل منهما والتى ينفرد بها الولى والتى لا يجريها الوصى إلا اضطراراً .

خامساً : ولما كان الولى أو الوصى يمكن أن يطرأ عليهما الاستبداد فى التصرف والإخلال بمصلحة المحجور عليه اقتضى أن نتكلم عن عزل الولى والوصى ومسقطات الولاية والوصاية .

سادسا : وإن كان الحجر لمصلحة الغير فقد يكون الغير عاما أو خاصا ، والمقصود بالعام هنا هو المجتمع بأسره - والمقصود بالخاص هو فرد بعينه .

سابعا : توصلت إلى أن الحجر للمصلحة العامة يكاد أن يكون الهدف من ورائه المحافظة على سلامة المجتمع سواء من الناحية الدينية إذا كان المحجور عليه هو المفتى الماجن أو المحافظة على الناحية البدنية والعضوية إذا كان المحجور عليه هو الطبيب الجاهل ، والناحية المالية فى حالة ما إذا كان المحجور عليه هو المكارى المفلس .

ويلحق المرتد بالمفتى الماجن لأنه بردته اعتدى على الدين وتنصل منه فينبغى أن يؤخذ على يده ليعود أو يقتل .

ثامنا : والغير بالمعنى الخاص يقصد من وراء الحجر عليه لمصلحة الغير حفظا لمال الغير ، أيا كانت صفته ، لأن المقصود بالمحافظة سلامة المجتمع أو الفرد .

والفرد سواء كان دائنا لمدين أفلس فإن وجد عين حقه أخذه وإلا اقتضى الأمر منع مدينه من التصرف حتى لا يبذر الأموال ويتلفها فيما لا يفيد فيضيع الدائن أدراج الرياح .

وفى حالة الرهن يحجر على الراهن التصرف فى المال المرهون تحقيقا لمصلحة

المرتهن - كما يحجر على المرأة من التصرف فيما زاد على الثلث - وذلك تحقيقا لمصلحة الزوج، بل ربما كان تحقيقا لمصلحتها لأن زوجها قد يموت ولا يصبح لها عائل فيبقى مالها ينفعها بعد ذلك .

وأما الرقيق وإن كان يحجر عليه لمصلحة سيده إلا أنه أمر بات أثرا بعد عين ، أى لا وجود له ، لذلك ذكرناه لتعميم الفائدة فقط .

هذا وأرجو أن يكون هذا البحث نافعا فى الحقل العلمى يضيف جديداً وإن لم يكن من نوعه فريدا ، وأن ينتفع به العامة والخاصة .

وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبى ونعم الوكيل ؟

المراجـــع

أولا : القرآن الكريم وعلومه :

١ - القرآن الكريم .

٢ - التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزى - ط مصطفى محمد التجارية الكبرى بمصر سنة ١٣٥٥هـ .

٣ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبى - دار احياء التراث العربى بيروت سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

ثانيا : كتب السنة :

١ - تلخيص الحبير لابن حجر العسقلانى مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

٢ - فتح البارى شرح صحيح البخارى ط دار المعرفة .

٣ - سنن الترمذى ط مصطفى الحلبى .

٤ - سنن ابن ماجة ط مصطفى الحلبى .

٥ - المنهل العذب المورود شرح سنن أبى داود للامام محمود محمد خطاب السبكى ط دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .

ثالثا : كتب اصول الفقه :

١ - كشف الأسرار للبزدوى - دار الكتاب العربى - بيروت ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .

رابعا : كتب الفقه :

(أ) الحنفية :

١ - أحكام الصغار بهامش جامع الفصولين - المطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠هـ .

٢ - بدائع الصنائع للكاسانى دار الكتاب العربى بيروت ط ٢ ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

٣ - البناية على الهداية للعينى دار الفكر ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .

٤ - البحر الرائق لابن نجيم دار المعرفة بيروت ط٢ .
٥ - تبيين الحقائق - دار المعرفة بيروت - الطبعة الثانية ١٣١٥هـ
٦ - جامع الفصولين لابن قاضى سماوة الحنفى ط المطبعة الازهرية سنة ١٣٠٠هـ .
٧ - حاشية ابن عابدين - مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ط ٢ / ١٣٨٦هـ ، ١٩٦٦م
٨ - شرح الوقاية بهامش كشف الحقائق (مفتاح الشريعة) ط الموسوعات بباب الخلق بمصر سنة ١٣٢٢
٩ - شرح الدر المختار للحصكفى مكتبة ومطبعة محمد على صبيح القاهرة
١٠ - الفتاوى الهندية
١١ - كشف الحقائق للافغانى ط الموسوعات باب الخلق بمصر ١٣٢٢هـ
١٢ - لسان الحكام لابن ابى الشحنه ط مصطفى البابى الحلبى بمصر ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م
١٣ - نزهة الأرواح بهامش بهجة المشتاق للمحلاوى مكتبة القاضى ط المطبعة الشرقية ١٣١٤هـ .

(ب) المالكيه :

١ - بلغة السالك لاقرب المسالك مكتبة ومطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م
٢ - التاج والاكليل بهامش المواهب طبعة دار الفكر ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م
٣ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه .
٤ - الشرح الكبير بهامش الدسوقى مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه
٥ - الشرح الصغير بهامش بلغة السالك مكتبة ومطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م
٦ - مواهب الجليل للحطاب طبعة دار الفكر ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م

(جـ) الشافعية :

١ - الأم للامام الشافعى

٢ - السراج الوهاج - مصطفى البابى الحلبى ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣

٣ - قليوبى وعميره

٤ - مغنى المحتاج للخطيب الشربينى - المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م

٥ - المهذب للشيرازى - مطبعة عيسى البابى الحلبى

٦ - منهاج الطالبين للنووى بشرح مغنى المحتاج - المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م

٧ - نهاية المحتاج للرملى

(د) الحنابلة :

١ - الشرح بأسفل المغنى - دار الكتاب العربى بيروت ط ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م

٢ - كشاف القناع - مكتبة النصر الحديثة - بالرياض

٣ - المغنى لابن قدامة - دار الكتاب العربى بيروت ط ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م

٤ - منار السبيل

(هـ) الشيعة :

١ - الايضاح

٢ - البحر الزخار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ط ٩٥٧ هـ ط ١ .

٣ - الروضة الندية شرح الدرر البهية مكتبة دار التراث - القاهرة

٤ - شرائع الاسلام منشورات دار مكتبة الحياة بيروت ١٩٧٨م

٥ - المختصر النافع للحلى / مطبعة وزارة الاوقاف بمصر الطبعة الثانية ١٣٧٧هـ

(و) الظاهرية :

١ - المحلى لابن حزم الظاهرى - دار الآفاق الجديدة - بيروت

(ز) كتب عامة في الشريعة الإسلامية :

١ ـ بيان مذاهب الفقهاء في عقد الايصاء « للمؤلف » مطبعة الامانة الطبعة الاولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م

٢ ـ بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن « للمؤلف » مطبعة الأمانة الطبعة الاولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م

٣ ـ التعريفات للجرجاني

٤ ـ القوانين الفقهية لابن جزى الاندلسي ط / عالم الفكر بمصر .

٥ ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري

٦ ـ موسوعة فقه عمر للقلعه جي ط مكتبة الفلاح ـ الكويت ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨١م

(ح) كتب اللغة :

١ ـ لسان العرب لابن منظور

٢ ـ المصباح المنير للفيومي .

٣ ـ مختار الصحاح للرازي ـ ترتيب محمود خاطر طبعة دار المعارف / مصر

(ط) كتب التراجم والسيرة :

١ ـ الاصابة في معرفة الصحابة .

٢ ـ طبقات ابن سعد

٣ ـ سيرة ابن هشام

فهرست موضوعات الكتاب

الموضــوع	الصفحة

الفصل الثانى

الحجر وأسبابه

رقم الإيداع بدار الكتب ١٩٨٨/٢٥٩٦